

LE PARTAGE DES SUCCESSIONS CONFONDUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 19 mai 1961

PAR

LUCIEN LINOSSIER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LE BALLE, Professeur

Suffragants { M. DESBOIS, Professeur
 { M. RAYNAUD, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot, 20

PARIS

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553823_0013

**LE PARTAGE
DES SUCCESSIONS CONFONDUES**

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

LE PARTAGE DES SUCCESSIONS CONFONDUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 19 mai 1961

PAR

LUCIEN LINOSSIER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LE BALLE, Professeur

Suffragants { M. DESBOIS, Professeur
M. RAYNAUD, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot, 20

PARIS

1963



Abréviations utilisées

D.	Dalloz.
G.P.	Gazette du Palais
J.C.P.	Juriscasseur Périodique.
J.N.	Journal des Notaires et des Avocats.
R.G.N.	Répertoire Général du Notariat.
R.T.D.C. ...	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.	Sirey.

AVERTISSEMENT

Un projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux est en cours de discussion devant les Assemblées législatives.

Parmi les réformes envisagées, certaines sont susceptibles d'avoir une incidence sur la confusion successorale et seront signalées au cours de la présente étude.

Cependant, sur deux points, le projet apporte des innovations qui méritent une attention particulière.

D'une part, la communauté, qu'elle soit universelle ou limitée à certains biens, ne peut plus être répudiée par la femme.

D'autre part, la section II du chapitre IV du projet organisant la dissolution et la liquidation du régime de participation aux acquêts institue pour chaque époux « la faculté d'accepter le partage des acquêts de son conjoint ou d'y renoncer » (art. 1490 du projet de réforme).

Il en résulte, si le projet est adopté, que les développements de l'étude concernant la renonciation de la femme en régime communautaire doivent être transposés à la renonciation des deux époux sous le régime de la participation aux acquêts.

INTRODUCTION

I. — Objet de l'étude.

1. — L'étude de la transmission d'une succession unique soit à un seul héritier, soit à plusieurs, ne recouvre pas toute la complexité des situations successorales.

Dans bien des cas, en effet, les héritiers se trouvent en présence de plusieurs successions communes entre eux et cette pluralité de masses à partager peut modifier considérablement les opérations de partage qui vont intervenir.

Malgré son caractère original et son importance pratique, la transmission des successions multiples n'a généralement pas retenu l'attention.

Les rédacteurs du Code civil l'ont ignorée complètement et il faut attendre la loi du 7 février 1938, modifiant l'article 1080 du Code civil, pour trouver dans un texte une allusion au cas où les ascendants font ensemble « le partage de leurs biens confondus en une même masse ».

La question n'a d'ailleurs jamais fait l'objet d'une analyse doctrinale exhaustive. Les études portent sur le partage d'ascendant conjonctif, à l'exclusion de la transmission de plusieurs successions *ab intestat*.

Cependant, les praticiens et les tribunaux ont eu, depuis longtemps, à connaître de l'ensemble de ces problèmes et se sont efforcés d'en dégager les règles, à partir et par adaptation des textes du Code relatifs à la succession unique.

Ces règles, spéciales à la dévolution et à la transmission des successions confondues, méritent d'être décrites et systématisées : tel est l'objet de cette étude.

II. — Sens de l'expression :

« Partage des successions confondues ».

2. — La transmission des successions multiples ne présente une originalité par rapport à celle d'une seule succession que si ces différentes successions sont dépendantes l'une de l'autre à certains égards. On dit alors que les successions sont confondues entre elles. Mais cette expression, d'un usage très fréquent, est susceptible de plusieurs acceptions qu'il importe de préciser.

On écartera d'abord la définition d'un auteur suivant laquelle « deux successions sont confondues lorsque les *de cujus* sont morts en laissant les mêmes héritiers » (1). Cette définition est trop large : la confusion exige qu'existent certaines relations entre les successions. Mais ces relations peuvent être conçues de différentes façons.

A. — PREMIER SENS : CONFUSION DE FAIT.

3. — Dans un premier sens, on dit que plusieurs successions indivises entre les mêmes héritiers sont confondues lorsqu'il existe entre elles des relations de fait rendant nécessaire leur reconstitution autonome, préalablement aux opérations qu'exigera leur répartition.

a) *Successions non liquidées.*

Il en est d'abord ainsi lorsque les successions n'ont pas été liquidées (2). Par exemple, les époux mariés en régime séparatiste étaient créanciers l'un de l'autre et ces créances n'ont pas été exécutées de leur vivant, ou après le premier décès. De même, lorsque les époux étaient mariés sous un régime communautaire, la consistance de leurs successions respectives ne peut être connue qu'après la liquidation et le partage de la communauté. Dans ces différentes situations, les successions sont « en fait » confondues.

b) *Successions indivisibles.*

Toujours dans ce premier sens de confusion de fait, on dit encore que des successions sont confondues lorsqu'elles se trouvent, en tout ou en partie, incluses dans un ou plusieurs biens indivisibles

(1) DESHAYES, *Les comptes entre héritiers*, Thèse, Caen, 1943, n° 66, p. 84.

(2) Voir entre autres, Req. 14 novembre 1853, D. 1853.I.326. Bordeaux, 28 avril 1875, S. 1875.2.217.

et que chacun de ces biens appartient à plusieurs successions à la fois (3). Il arrive alors souvent que « les immeubles d'origine diverses (aient) été en fait transformés ou défigurés au point de ne permettre que très difficilement de reconstituer leur individualité primitive » (4). La licitation globale sera le seul moyen pratique de résoudre la situation.

B. — DEUXIÈME SENS : RÉUNION DE PLUSIEURS SUCCESSIONS EN UNE SEULE.

4. — En un deuxième sens, l'expression désigne *la réunion totale ou partielle de plusieurs successions en une seule pour les besoins du partage*. Les opérations sont alors effectuées sans égard à l'origine des biens.

C'est en ce sens que sera entendu dans la présente étude le « Partage des successions confondues ». Il n'était toutefois pas inutile de préciser les autres acceptions de l'expression, car la confusion de fait n'est pas sans incidence sur la confusion ainsi définie, soit qu'elle la permette, soit au contraire qu'elle lui fasse obstacle.

Il faut encore préciser que le terme « succession » désignera non seulement la succession *ab intestat*, mais aussi les biens recueillis par partage d'ascendant et même les libéralités collectives faites aux héritiers, ces deux catégories d'actes conservant, à des degrés divers, un certain caractère successoral. La confusion dans le partage n'est d'ailleurs pas une opération spécifiquement successorale et peut se rencontrer dans le partage de toutes indivisions multiples : sociétés, indivisions volontaires, etc... Il ne sera question ici que la confusion successorale, la plus fréquente et la plus typique.

Quant au mot « partage », il sera pris en un sens large, comprenant le partage en nature et l'ensemble des opérations tendant à l'allotissement des héritiers : licitation et attribution.

III. — Manifestation de la confusion successorale.

5. — Pour être concevable, la confusion successorale suppose que deux successions au moins sont partagées entre les mêmes

(3) Voir par exemple Civ., 30 mai 1911, D. 1912.1.91, note anonyme ; S. 1912.I.361, note Naquet ; Gaz. Trib. 1911, 2^e semestre, conclusions Baudouin.

(4) Note Naquet précitée.

héritiers. Précisément, le cas est fréquent, soit qu'il s'agisse de successions *ab intestat*, soit qu'on suppose qu'un partage d'ascendant, œuvre d'un seul époux ou des deux conjointement, contienne la répartition partielle ou totale des successions des deux ascendants.

Dans ces différentes situations, la réunion des biens paternels et maternels dans une même opération de partage, *lato sensu*, peut prendre des aspects variés selon qu'elle intervient dans la répartition en nature des successions entre les héritiers, dans la licitation de biens indivis ou dans l'attribution de l'exploitation.

A. — LA CONFUSION SUCCESSORALE DANS LE PARTAGE EN NATURE.

a) *Partages « ab intestat ».*

6. — Souvent, au décès du premier parent, les enfants laissent les choses en l'état et ne procèdent pas à la liquidation et au partage de la succession et éventuellement de la communauté. Cette abstention permet de maintenir le conjoint survivant dans la situation qu'il avait pendant le mariage.

L'ancien droit connaissait bien cette pratique et on sait que la communauté se continuait alors entre les enfants et le conjoint survivant (5).

Actuellement, le procédé n'est pas moins répandu mais la communauté ne se continue pas et ce sont de simples indivisions qui se prolongent entre les enfants, ou entre les enfants et le conjoint survivant jusqu'au décès de ce dernier.

A cette époque, deux successions sont à partager entre les mêmes héritiers et ces derniers, s'ils sont capables, peuvent s'entendre pour les confondre afin de les répartir en nature entre eux (6) ; on évite ainsi une discrimination des patrimoines paternel et maternel qui risque d'être préjudiciable aux héritiers.

Le cas des enfants partageant cumulativement les successions de leur père et mère n'est d'ailleurs pas l'unique exemple de confusion successorale. On peut imaginer que des héritiers se

(5) BONNECASE, L'institution de la communauté continuée, Grenoble, 1909 (Extrait des Annales de l'Université de Grenoble).

(6) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique, t. IX, Les régimes matrimoniaux par Boulanger, n° 724, p.9. Le législateur a d'ailleurs favorisé le maintien de l'indivision dans certains cas : loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille, article 815 du C. civ. modifié par le décret-loi du 17 juin 1938 puis par la loi du 19 décembre 1961.

trouvent appelés simultanément aux successions de leurs frères décédés ou d'un ascendant et d'un frère, etc... On arrive parfois à des situations d'une grande complexité où plusieurs successions et communautés sont indivises entre les mêmes héritiers.

Mais le partage par les enfants de successions confondues de leurs parents est le plus fréquent et le plus intéressant.

b) *Partage d'ascendant.*

7. — Le partage successoral peut également être l'œuvre de l'ascendant, usant des pouvoirs que lui confèrent les articles 1075 et suivants du Code civil.

Les réformes de 1938 ont reconnu une grande liberté aux ascendants qui distribuent leurs biens. Mais la répartition égalitaire, si elle n'est plus imposée par la loi, peut parfois être conforme à l'intention des ascendants et la confusion des patrimoines paternel et maternel en facilitera la réalisation.

D'autre part, on envisage généralement le cas d'un ascendant unique et, ce faisant, on oublie aisément que l'ascendant est ou a été marié et que cette circonstance a pu avoir une profonde incidence sur la disponibilité de son patrimoine.

En effet, le régime matrimonial comporte souvent une communauté de biens dont la disponibilité est atténuée au regard des pouvoirs d'un seul époux.

De plus, des relations de fait ont pu s'établir entre les patrimoines des deux conjoints, rendant difficile, sinon impossible, leur discrimination.

C'est pourquoi le partage des deux successions réunies en une seule masse indivise offre le plus grand intérêt.

Dans ces deux cas, la répartition en nature entre les héritiers a lieu sans égard à leur origine paternelle et maternelle ; cette procédure suppose écarté le droit aux biens en nature des héritiers (art. 826 C. civ.). Mais outre que, depuis 1938, la situation n'est plus la même que sous l'empire du Code civil, nous verrons que les héritiers peuvent y renoncer s'ils sont capables et que les ascendants réussissent souvent à l'éluider.

B. — LA CONFUSION SUCCESSORALE DANS LA LICITATION OU L'ATTRIBUTION DE L'EXPLOITATION.

8. — Lorsque les héritiers appelés à des successions *ab intestat* ne s'entendent pas pour les confondre afin de les répartir, ou si

certaines sont absents ou incapables, le partage revêt la forme judiciaire et le droit aux biens en nature des héritiers s'impose au juge. Ce dernier ne peut pas confondre les successions pour les répartir en nature entre les héritiers.

Les successions doivent alors être distinguées et c'est à l'occasion de cette opération que le juge, sans porter atteinte au droit aux biens en nature mais au contraire pour assurer sa mise en œuvre, peut réunir des biens d'origines différentes dans une même licitation ou dans l'attribution de l'exploitation agricole, commerciale, industrielle ou artisanale.

a) *La licitation globale.*

9. — Le juge peut, en effet, décider qu'en l'état des biens, les différentes successions ne sont pas susceptibles d'être partagées séparément. Constatant souverainement l'existence entre elles d'un lien d'indivisibilité — constatation nécessaire car la licitation est exceptionnelle (art. 827 C. civ.) — le juge du fond ordonnera alors que les éléments dépendant de plusieurs successions soient compris dans une même licitation globale, le prix de la licitation devant être ventilé entre les différentes masses à partager. Il en est ainsi chaque fois qu'un bien indivisible ressortit à plusieurs successions, que ce soit un immeuble, un meuble ou une exploitation.

Toutefois l'exploitation agricole conforme à la description de l'article 832 du Code civil doit être attribuée.

b) *L'attribution globale.*

10. — Lorsqu'une exploitation ou une entreprise est formée d'éléments dépendant de plusieurs successions, ces dernières ne peuvent être partagées séparément sans que des valeurs divisibles aient été substituées à l'exploitation ou à l'entreprise indivisible.

On pourrait alors songer à une licitation. Cependant, avant la loi du 19 décembre 1961, qui a modifié l'article 832 du Code civil, la jurisprudence ordonnait l'attribution globale de l'exploitation agricole si les conditions étaient réunies. Cette solution doit être maintenue et étendue aux biens visés par la loi du 19 décembre 1961 car elle est conforme aux principes de la liquidation successorale. En effet, l'attribution permet la distinction des masses tout aussi bien que la licitation, la soulte payée par l'attributaire devant être ventilée entre les différentes successions. Bien plus,

l'attribution globale est seule légale lorsque le législateur la déclare obligatoire, ce qui est le cas si elle porte sur une petite exploitation agricole ou sur les bâtiments d'une exploitation agricole quelconque.

L'attribution globale s'analyse donc comme la licitation globale : le juge réunit, en constatant souverainement l'indivisibilité, les éléments dépendant de plusieurs successions dans une même opération de partage *lato sensu*. Il y a là encore un cas de confusion successorale à l'occasion du partage judiciaire.

Dans toutes les hypothèses envisagées, le mécanisme de l'opération est le même : réunion de plusieurs successions en une seule, soit partiellement, soit totalement, par les héritiers, les ascendants, ou le juge. Mais au-delà de cette identité de principe, des différences fondamentales apparaissent entre les manifestations de la confusion.

IV. — Confusion et droit aux biens en nature.

11. — La confusion se situe tout d'abord différemment par rapport au droit d'exiger les biens « en nature » selon qu'elle est l'œuvre du juge ou, au contraire, celle des héritiers ou des ascendants.

a) La confusion dans le partage en nature, réalisée par les héritiers ou les ascendants, fait directement échec au droit au partage par successions séparées, corollaire du droit aux biens en nature. Elle ne peut jouer que si ce droit est écarté, soit que les héritiers y aient renoncé, soit que les ascendants aient réussi à imposer leur volonté.

b) En dehors du partage en nature, au contraire, la confusion judiciaire est une pièce de la mise en œuvre du droit au partage par successions séparées. La licitation ou l'attribution globale permettent en effet de substituer des valeurs divisibles aux biens indivisibles dépendant des différentes successions. On voit que l'attribution globale de l'exploitation agricole n'est pas une exception au partage par successions séparées, dont elle tend à faciliter la réalisation et ne doit pas être rapprochée, à cet égard, du partage en nature des successions confondues (7).

Dans tous les cas, le rôle de la volonté semble primordial pour

(7) En faveur de ce rapprochement. VOIRIN, note sous Civ., 29 juillet 1952, J.C.P. 1953.II.7652.

la fusion de plusieurs successions en une seule. Il n'est cependant pas inutile d'apporter des précisions.

V. — Sources de la confusion.

12. — Lorsque les héritiers s'entendent pour partager en bloc plusieurs successions à la fois, il est certain que le rôle de leur volonté dans la confusion est à la fois unique et déterminant. L'influence réelle de la volonté de l'ascendant ou du juge est plus difficile à délimiter.

A. — VOLONTÉ DE L'ASCENDANT.

13. — Il peut paraître à première vue que la volonté unilatérale de l'ascendant est prépondérante dans le testament-partage, alors que dans la donation-partage, la confusion serait d'origine contractuelle.

a) *Testament-partage.*

La confusion testamentaire n'est généralement obligatoire pour les héritiers que si l'acte est assorti d'une clause pénale ou si la qualification de charge peut être retenue. La seule volonté de l'ascendant est donc impuissante à créer la confusion successorale.

Lorsque l'ascendant a utilisé les techniques propres à rendre sa volonté efficace, la confusion des successions revêt un caractère autoritaire. Les copartagés ne peuvent attaquer le testament sans encourir la clause pénale. Si l'acte est présenté comme une charge, l'inexécution de la volonté de l'ascendant leur fera perdre le bénéfice du legs précipitaire dont la charge est l'accessoire.

Chaque copartagé ne pourrait pas plus se dégager de la répartition globale qui lui est imposée en renonçant au testament dans l'espoir de recueillir les biens *ab intestat*, car le testament-partage contient la répartition de la succession *ab intestat* elle-même de sorte qu'en renonçant au testament, le copartagé perd ses droits dans la succession (8). Le caractère autoritaire de la confusion testamentaire est donc fortement marqué.

(8) PLANIOL et RIPERT, t. V, Donations et testaments par Trasbot et Lousouarn, n° 860, p. 1099. Poitiers, 23 janvier 1905, D. 1905.2.169, note anonyme.

b) *Donation-partage.*

Les enfants participent à la formation de la donation-partage à laquelle ils sont appelés à consentir. Cette circonstance confère, dans une certaine mesure, un caractère contractuel à la confusion impliquée par l'acte.

Mais l'autorité de l'ascendant n'en a pas moins un rôle considérable, en dehors même de toute idée de crainte révérentielle, et influence fortement la volonté émise par les enfants (9).

De plus, le refus par ces derniers de se plier à la volonté de l'ascendant de confondre les successions les priverait de l'avantage que constitue pour chacun d'eux l'avance qui lui est consentie sur la succession. A cet égard, la donation-partage contient en quelque sorte sa propre clause pénale.

En sorte que, finalement, il serait inexact d'attribuer un caractère purement contractuel à la confusion dans la donation-partage.

Quant à la volonté du juge, elle est certainement purement unilatérale et autoritaire. Mais il faut se demander si elle n'est pas, à certains égards, conditionnée.

B. — VOLONTÉ DU JUGE.

14. — La décision du juge de confondre plusieurs successions pour liciter ou attribuer s'élabore en dehors de toute participation volontaire des héritiers. Il suffit que ces derniers aient saisi le tribunal d'une demande en partage par successions séparées.

a) *Licitation globale.*

On sait toutefois que la licitation globale ne peut être ordonnée que s'il existe entre les successions un lien d'indivisibilité qui rend leur distinction impossible en l'état des biens (art. 827 C. civ.). La volonté du juge est donc bien conditionnée.

Il convient cependant de tenir compte des pouvoirs du juge pour définir et constater l'indivisibilité qui est la condition de la licitation globale. La Cour de cassation reconnaît en effet aux juges du fond un pouvoir souverain pour déterminer si un bien est ou non divisible. Ceux-ci sont donc maîtres de leur décision (10). Mettant à profit ces pouvoirs, les juges ont fait de l'indi-

(9) LÉAUTÉ, Les partages conjonctifs depuis 1938, J.C.P. 1951.1.924.

(10) Req. 18 octobre 1887, D.P. 1888.1.480.

visibilité une notion extrêmement compréhensive, s'appliquant non seulement au cas où le bien ne peut être matériellement divisé, mais encore dans tous les cas où la division entraînerait un inconvénient pour les héritiers.

Mais s'il est vrai que le juge du fond définit lui-même l'indivisibilité des successions et en constate souverainement l'existence, il n'en reste pas moins que sa volonté de confondre les successions pour les liciter reste subordonnée à une condition préalable et cela à un double point de vue : d'une part, la licitation globale ne peut être ordonnée en l'absence d'indivisibilité ; d'autre part, cette indivisibilité ayant été constatée, la licitation globale ne peut être évitée, à moins qu'il s'agisse d'une exploitation ou d'une entreprise susceptible d'attribution.

b) *Attribution globale.*

L'intervention de la loi est plus fortement marquée en ce qui concerne l'attribution obligatoire de l'exploitation agricole ou de ses bâtiments et le rôle de la volonté du juge s'en trouve encore restreint. Il est cependant libre de fixer les limites et la consistance de l'exploitation et détermine souverainement si elle réunit les conditions exigées par l'article 832 du Code civil.

La volonté du juge est donc soumise à certains impératifs. La confusion successorale revêt un caractère nécessaire dès lors qu'un lien d'indivisibilité unit les différentes successions.

VI. — Plan.

15. — Compte tenu de ces différences capitales entre la confusion successorale réalisée par les héritiers et les ascendants pour le partage en nature et la confusion successorale ordonnée par le juge à l'occasion d'une licitation ou d'une attribution, l'étude sera divisée en deux parties respectivement consacrées à l'une et à l'autre situation. La distinction entre les deux manifestations de la confusion des successions sera faite en fonction du caractère purement volontaire de la première et du caractère largement nécessaire de la seconde.

— PREMIÈRE PARTIE : *La confusion successorale nécessaire.*

— DEUXIÈME PARTIE : *La confusion successorale volontaire.*

PREMIERE PARTIE

LA CONFUSION SUCCESSORALE NÉCESSAIRE

16. — La loi impose le recours à l'arbitrage du juge lorsque les héritiers sont en désaccord sur les modalités du partage, ou si certains sont absents ou incapables.

Les héritiers présents et capables peuvent d'ailleurs être d'accord sur certains points et en désaccord sur d'autres : le partage sera alors partie amiable, partie judiciaire.

Spécialement ils peuvent s'entendre pour confondre plusieurs successions, mais leur désaccord sur la répartition en nature de la masse globale nécessitera l'intervention de la justice. Dans cette situation, et bien que l'autorité judiciaire ait à connaître du partage, la confusion des successions prend sa source dans la volonté des héritiers et ne concerne pas le problème des pouvoirs reconnus au juge pour réunir plusieurs successions en une seule.

C'est donc seulement lorsque l'accord unanime des héritiers n'est pas acquis sur la question même de la confusion, ou lorsque certains sont absents ou incapables, qu'il convient de se demander si le juge saisi de demandes en partage relatives à plusieurs successions peut, soit d'office, soit sur les conclusions prises en ce sens par un plusieurs héritiers, et malgré l'opposition des autres, réaliser la confusion des successions pour les opérations de partage.

I. — DOMAINE DE LA CONFUSION DES SUCCESSIONS PAR LE JUGE.

17. — A cet égard, les pouvoirs du juge sont dominés par les principes énoncés dans les articles 826 et suivants du Code civil. Interdiction lui est faite de confondre plusieurs successions en une seule pour les répartir en nature entre les héritiers. Au contraire, la réunion de plusieurs successions dans une même licitation ou attribution est obligatoire pour le juge, lorsqu'existe un lien d'indivisibilité entre les différentes successions. En ce sens on peut dire que la confusion judiciaire revêt un caractère nécessaire lorsqu'elle a lieu.

A. — *Exclusion de la confusion successorale pour le partage en nature.*

18. — Aux termes de l'article 826 du Code civil, « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ». Ce principe du droit aux biens en nature des héritiers contient en réalité deux règles distinctes qui en sont en quelque sorte les corollaires.

D'une part, les héritiers ont droit au partage en nature et la licitation ne peut être ordonnée qu'à titre exceptionnel, lorsque les biens sont impartageables (art. 827 C. civ.).

D'autre part, les héritiers ont droit au partage par successions séparées et le juge ne peut ordonner la confusion des successions pour les répartir entre les héritiers.

a) *Droit des héritiers au partage par successions séparées.*

19. — Le droit aux biens en nature interdit donc au juge de substituer dans les lots les biens d'une succession aux biens d'une autre. Il s'oppose par conséquent au partage en nature des successions confondues. Cette conséquence du droit aux biens en nature n'est pas énoncée dans le Code civil, mais la jurisprudence l'a rappelée à plusieurs reprises.

Tel est le sens de différents arrêts de la Cour de cassation déclarant « que chaque héritier dans une succession ouverte est appelé à recueillir une part des biens qui la composent et en est saisi de plein droit ; si plusieurs successions sont ouvertes, il a droit à une part dans chacune d'elles et non pas à une quote-part dans la masse de ces successions confondues » (1).

(1) Civ., 18 juin 1859, D. 1859.I.255 ; Civ., 12 novembre 1878, S. 1879.I.52 ; Civ., 15 janvier 1879, D. 1879.I.336.

Le droit des héritiers au partage par successions séparées est absolu et prime leur droit au partage en nature. Le conflit entre ces deux droits apparaît lorsque la confusion des successions permet de réaliser le partage en nature, alors que le partage par successions séparées entraîne des licitations. Dans ce cas, c'est le partage par successions séparées qui aura lieu, au détriment du partage en nature (2).

Le juge ne peut donc réunir différentes successions pour procéder au partage en nature. C'est à peine, dit un auteur, si la question peut être posée (3).

b) *Distinction obligatoire des successions.*

20. — Il en résulte que le juge doit, préalablement au partage, opérer la distinction des successions lorsqu'elles sont en fait confondues. A cette fin, les créances que peut avoir une succession sur l'autre doivent être exécutées et, le cas échéant, la communauté dissoute sera liquidée et partagée.

C'est ce que déclare encore un arrêt récent dans ses motifs : « A défaut de l'accord des parties majeures et capables autorisant le notaire à confondre les diverses masses et à procéder à une division unique, lorsque la communauté des époux est à partager entre leurs héritiers en même temps que leurs successions, on doit d'abord établir la masse active et la masse passive de cette communauté, telles qu'elles se trouvent composées au moment de la dissolution ; l'actif de la masse générale doit ensuite être divisé en deux parts, attribuées l'une à la succession paternelle, l'autre à la succession maternelle pour que chacune supporte séparément les imputations qui doivent la frapper » (4).

B. — *Validité de la licitation et de l'attribution globales.*

a) *Licitation globale.*

21. — C'est précisément en procédant à la distinction des successions que le juge peut constater entre elles un lien d'indivisibilité et décider la licitation globale d'effets dépendant de suc-

(2) Il serait sans doute souhaitable que le partage en nature prime le partage par successions séparées, la confusion des successions pouvant être ordonnée par le juge pour éviter des licitations. Mais les textes actuels, empreints d'anciennes idées égalitaires, s'y opposent : la licitation, bien qu'exceptionnelle, est néanmoins prévue, alors que la confusion des successions n'est même pas envisagée par la loi.

(3) LAURENT, Principes de droit civil, t. X, n° 310, p. 341.

(4) Civ., 29 juillet 1952, précité.

cessions différentes, afin de substituer des valeurs aisément partageables au sens des articles 826 et 827 du Code civil à des biens qui ne le sont pas.

b) *Attribution globale.*

Cette substitution peut d'ailleurs être réalisée aussi bien par l'attribution à un héritier du bien indivisible que par sa licitation, la soulte payée par l'attributaire étant ventilée entre les différentes masses à partager. C'est pourquoi la jurisprudence admet, à côté de la licitation globale, la validité de l'attribution globale de l'exploitation ou de l'entreprise dont les éléments dépendent de plusieurs successions, si les conditions exigées par l'article 832 du Code civil se trouvent réunies.

La confusion judiciaire, exclue pour le partage en nature, reste donc possible pour la licitation ou pour l'attribution de l'exploitation agricole. Mais elle suppose réunies un certain nombre de conditions.

II. — CONDITIONS DE LA CONFUSION DES SUCCESSIONS PAR LE JUGE.

22. — Pour que la réunion des biens dépendant de plusieurs successions en une même licitation ou attribution soit ordonnée par le juge, il faut qu'un même tribunal soit saisi de plusieurs demandes en partage relatives à des successions différentes et qu'il existe un lien d'indivisibilité entre ces différentes successions, souverainement constaté par les juges du fond.

A. — *Réunion de plusieurs instances en partage à une même barre.*

23. — La confusion n'est évidemment concevable que si une même juridiction est saisie de plusieurs demandes en partage par les mêmes héritiers. Elle ne peut résulter que d'une concentration des instances dans l'espace comme dans le temps.

a) *Avant le décret du 22 décembre 1958.*

Aux termes des articles 822 du Code civil et 59 du Code de procédure civile, seuls applicables à la question avant la réforme de 1958, le tribunal compétent pour procéder au partage et connaître de tous les incidents et contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations est le tribunal du lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire du dernier domicile du défunt.

La doctrine a donné son approbation à cette attribution de compétence, le lieu d'ouverture étant « le seul point commun où puissent se concentrer les intérêts des héritiers dispersés » (5).

Ces dispositions semblaient cependant constituer un obstacle sérieux à la confusion des successions ouvertes dans des ressorts différents, d'autant plus que la loi du 15 mars 1928 avait conféré un caractère d'ordre public à la règle de l'article 822 du Code civil et on en concluait que le tribunal devait se dessaisir d'office (6).

Ce n'est pourtant pas le sens de l'unique décision intervenue en la matière. La Cour de Caen a en effet déclaré qu'une demande en partage d'une communauté entre époux et de leurs successions indivises peut être valablement introduite devant le tribunal du lieu où s'est dissoute la communauté et ouverte la première succession, même si la deuxième succession a un lieu d'ouverture différent (7). A l'appui de sa solution, l'arrêt constatait « qu'il existe entre les deux affaires une connexité incontestable qui rend absolument nécessaire le prononcé d'un règlement unique et la rédaction d'un seul travail liquidatif ». La connexité ou l'indivisibilité justifiait donc la compétence d'un même tribunal quel que soit le lieu d'ouverture des successions.

Malgré les objections présentées, cette solution devait être approuvée.

Tout d'abord, on a parfois nié qu'une connexité puisse s'établir entre les demandes en partage de successions ouvertes dans des ressorts différents. La connexité suppose entre les demandes un rapport tellement étroit qu'on risque, en les jugeant séparément, de leur donner des solutions inconciliables. Or un tel rapport n'existerait jamais dans la situation envisagée (8).

Il paraît cependant certain que la connexité peut résulter, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Caen, des nécessités de la liquidation. Elle pourrait encore résulter de la présence de biens indivisibles appartenant à plusieurs successions et qui devront être licités pour distinguer les masses à partager, ou attribués à l'un des héritiers. Un juge unique connaîtra alors de ces licitations et attributions globales.

D'autre part, on pouvait objecter qu'il n'y a pas, en principe, prorogation de compétence à raison de la connexité lorsque la

(5) PLANIOL et RIPERT, t. IV, Successions par Maury et Vialleton, n° 518, p. 718.

(6) De THIBONVILLE, La compétence en matière de partage J.N., 1928, p. 281.

(7) Caen, 14 novembre 1929, Rec. arrêts Caen, 1930, p. 164.

(8) BIOCÉ, Dictionnaire de procédure, V° Partage, n° 76.

loi attribue compétence exclusive à une juridiction (9). Mais la compétence du tribunal du lieu d'ouverture de la succession a été déclarée absolue à la fois dans l'intérêt des héritiers et pour prévenir certains abus en matière de licitation (10). Il serait exagéré d'en conclure que la loi a entendu faire échec à la réunion de plusieurs instances à une même barre lorsque, dans l'intérêt des parties, ces instances doivent être jugées ensemble.

On pouvait dire enfin que, à tout le moins, la réunion des instances doit être déclarée impossible lorsque certains héritiers sont mineurs, les règles du partage judiciaire ne pouvant être écartées en ce qui les concerne (11). Mais, à vrai dire, on ne voit pas en quoi les intérêts des mineurs pourraient se trouver compromis du fait que le partage est soumis à une juridiction plutôt qu'à une autre (12).

La connexité ou l'indivisibilité justifiaient donc la compétence d'un tribunal unique. Par suite, le juge n'avait pas à se dessaisir d'office et l'exception d'incompétence devait être rejetée.

b) *Après le décret du 22 décembre 1958.*

24. — Ces règles, encore valables en principe puisque l'article 822 du Code civil est toujours applicable, doivent être confrontées avec le régime nouveau, en vigueur depuis le 2 mars 1959.

1. — L'article 169 nouveau du Code de procédure civile dispose que les exceptions d'incompétence doivent être présentées *in limine litis* même si l'incompétence est d'ordre public.

L'exception d'incompétence fondée sur les articles 822 du Code civil et 59 du Code de procédure civile sera donc rejetée si elle est soulevée après des conclusions au fond. Si elle est soulevée *in limine litis*, le tribunal peut retenir sa compétence, comme antérieurement, s'il existe une connexité ou une indivisibilité entre les demandes en partage.

2. — Aux termes de l'article 171 nouveau du Code de procédure civile, l'incompétence ne peut jamais être prononcée d'office, sauf lorsque les parties ne peuvent transiger sur leurs droits.

Si tous les héritiers sont majeurs et maîtres de leurs droits, le juge doit donc rester saisi. Doit-il se dessaisir si certains d'entre

(9) Civ., 1^{er} avril 1914, S. 1914.1.345, note Lyon Caen ; GLASSON TISSIER, *Traité de procédure civile*, t. I, n° 280, p. 731.

(10) PLANIOL et RIPERT, t. IV, n° 518, p. 719.

(11) Bordeaux, 20 avril 1831, D. Jur. gén. V° Successions, n°s 1672 et 1676.

(12) Douai, 27 juillet 1905, D. 1907.2.317.

eux sont mineurs ? La lettre du texte semble indiquer qu'il ne s'agit que d'une simple faculté et le juge devrait pouvoir rester saisi lorsque l'exige l'intérêt bien compris des héritiers.

B. — *Indivisibilité des successions.*

25. — La licitation globale de biens appartenant à des successions multiples ne peut être ordonnée par le juge que s'il existe un lieu d'indivisibilité entre les différents biens (art. 827 C. civ.). De même, l'attribution d'une exploitation ou entreprise assise sur plusieurs successions trouve son fondement dans l'indivisibilité qui en cimenter les différents éléments. Licitation et attribution globales, en substituant des valeurs divisibles à des biens qui ne l'étaient pas, permettent le partage par successions séparées, seul conforme à la mission du juge. La confusion judiciaire s'est donc imposée en raison même de l'idée d'indivisibilité.

Dans sa rédaction primitive, l'article 832 du Code civil prévoyait déjà que « dans la formation et la composition des lots, on doit éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations ». On sait toutefois que la jurisprudence n'avait pas accordé à cette notion d'indivisibilité toute l'attention qu'elle méritait.

Le décret-loi du 17 juin 1938 est venu renforcer la prohibition de l'article 832 du Code civil : « dans la formation et la composition des lots, on doit éviter de morceler les héritages et de diviser les exploitations ». En même temps, l'indivisibilité de l'exploitation agricole familiale produisait des effets nouveaux : dans certaines conditions, l'attribution en devenait possible à l'un des cohéritiers.

Enfin, le législateur du 19 décembre 1961 a étendu l'attribution à toutes exploitations agricoles et aux entreprises commerciales, industrielles ou artisanales.

Il n'est pas douteux que ces textes, édictés à propos du partage d'une masse unique, soient applicables au partage de successions multiples. La jurisprudence l'a d'ailleurs reconnu.

L'étude de la confusion judiciaire amène donc à préciser la notion d'indivisibilité qui la justifie et rend compte de ses avantages.

III. — AVANTAGES DE LA CONFUSION DES SUCCESSIONS PAR LE JUGE.

26. — La confusion dans la licitation ou l'attribution offre des avantages remarquables.

a) Elle évite de diviser les biens dans des conditions préjudiciables aux héritiers. Lorsque leur intérêt l'exige, le juge constate l'indivisibilité qui lie les éléments de différentes successions et ordonne la licitation. Les héritiers se partagent le plus haut prix atteint par le bien au cours des enchères.

Il en est sans doute différemment en ce qui concerne les attributions dont les conditions sont déterminées par la loi et qui, en raison des délais prévus pour le paiement des soultes, peuvent, en période de dépréciation monétaire, se révéler défavorables aux cohéritiers de l'attributaire. Mais il faut tenir compte de l'inspiration particulière de la législation sur ce point, qui a voulu maintenir l'exploitation dans la famille en organisant des facilités de paiement au profit de l'attributaire.

b) D'autre part, le juge est libre de déterminer les éléments qui doivent être compris dans la licitation ou l'attribution, en précisant souverainement les limites de l'indivisibilité. C'est l'assurance que ces opérations se feront dans les meilleures conditions et saisiront une fraction aussi étendue des successions que l'exige l'intérêt des héritiers.

La confusion permet ainsi de respecter les unités économiques et les groupements de biens réalisés par les ascendants, ou, après leur mort, les enfants.

Mais le Code civil n'a prévu que l'hypothèse du partage d'une succession unique de telle sorte que la situation créée par la présence de plusieurs successions à partager entre les mêmes héritiers pose un problème d'adaptation des dispositions légales. C'est ce problème que nous essaierons de résoudre en ce qui concerne la licitation globale et l'attribution globale.

CHAPITRE I. — *La licitation globale.*

CHAPITRE II. — *L'attribution globale.*

CHAPITRE PREMIER

LA LICITATION GLOBALE

27. — Lorsqu'un bien indivisible appartient à plusieurs successions dont les héritiers réclament les partages séparés, la licitation de ce bien semble être la seule façon de parvenir à la distinction des différentes masses à partager.

Cependant, la confusion, dans une même licitation, de biens appartenant à des successions différentes a soulevé des objections fondées précisément sur le droit au partage par successions séparées. L'opération est pourtant d'une validité irréprochable lorsque les juges du fond ont constaté souverainement que les biens qui en sont l'objet ne peuvent être divisés.

Après avoir établi la validité de la confusion dans la licitation (section 1), il conviendra d'examiner les cas où, en raison de l'indivisibilité des biens, la licitation globale doit être ordonnée (section 2).

Section 1.

Validité de la licitation globale.

28. — Nier la validité de la licitation d'un bien indivisible dépendant de plusieurs successions lorsque est réclaté leur partage séparé revient à imposer un inadmissible statu quo aux héritiers. Sans licitation, la situation est en effet inextricable. Une telle opinion, qui contraindrait les héritiers à rester dans l'indivision, est difficilement soutenable.

La critique de la licitation globale ne va généralement pas aussi loin. Elle prétend seulement réduire à un minimum le domaine de

la licitation globale et l'écartier en dehors des cas où le bien n'est pas matériellement indivisible, c'est-à-dire lorsqu'elle présente un simple intérêt pour les héritiers. La licitation ne pourrait alors être ordonnée ; ou, à tout le moins, les lots de licitation devraient être composés en tenant compte des différentes masses successorales (1). Cependant, même sous cette forme atténuée, la critique de la licitation globale est injustifiée et les objections qu'on lui oppose ne sont pas fondées.

Sous-section 1.

Objection tirée de l'indépendance des indivisions.

29. — Dans une certaine opinion, la licitation ne peut porter que sur les biens compris dans une même indivision. On pourrait alors mettre en doute la validité d'une licitation ayant pour objet un bien appartenant à deux masses indivises, ce qui est le cas lorsque les héritiers réclament le partage par successions séparées, les masses à partager étant alors idéalement distinctes.

§ 1. — VALIDITÉ DE LA LICITATION EN DEHORS DU CAS D'UNE INDIVISION UNIQUE.

30. — I. — La question de la validité d'une licitation de biens dépendant d'indivisions distinctes, s'est surtout posée dans les rapports entre usufruitiers et nus-propriétaires multiples relativement à un même ensemble de biens.

Dans un premier stade, la jurisprudence, tirant argument de la séparation des indivisions, refusait d'ordonner la licitation de la pleine propriété lorsque le partage était demandé par un usufruitier ou par un nu-propriétaire. La Cour de cassation déclarait « qu'entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, il n'y a pas d'indivision qui puisse rendre nécessaire entre eux la licitation des immeubles dont l'un a la nue-propriété, l'autre l'usufruit » (2).

Mais cette opinion a été abandonnée. La Cour de cassation a décidé que, malgré la séparation des indivisions entre nus-propriétaires et usufruitiers, la licitation de la pleine-propriété peut être

(1) Conclusions Baudouin, sous Civ., 30 mai 1911, précité.

(2) Civ., 10 décembre 1889, S. 1890.I.497, note Labbé.

ordonnée « lorsque (elle) apparaît comme nécessaire à l'assiette de l'usufruit et comme seule protectrice de l'intérêt des parties » (3).

Aux termes des arrêts, la licitation globale ne peut avoir lieu que si elle satisfait l'intérêt collectif des indivisaires. Cette exigence rappelle la conception jurisprudentielle de l'indivisibilité. On sait, en effet, que, d'après la jurisprudence, un bien est indivisible non seulement lorsque sa division matérielle est impossible mais également lorsqu'elle serait préjudiciable à l'intérêt des indivisaires. La licitation globale est donc justifiée lorsque apparaît une indivisibilité entre les différentes masses.

31. — II. — On est d'ailleurs d'autant plus fondé à transposer au cas de deux indivisions communes aux mêmes indivisaires la solution que la jurisprudence a donnée pour les indivisions entre nus-propriétaires d'une part et usufruitiers d'autre part que, dans le premier cas, la séparation des indivisions est considérablement plus atténuée que dans le second.

En effet, le cloisonnement entre l'indivision des usufruitiers et celle des nus-propriétaires est fortement marqué par la nature différente des droits dans chaque masse et par l'identité différente des indivisaires.

Au contraire, seul le droit aux biens en nature confère une autonomie aux deux indivisions partagées entre les mêmes parties. Mais cette séparation superficielle est sans rapport avec le statut juridique des biens successoraux, caractérisé par leur appropriation collective au profit des mêmes héritiers, et s'analyse seulement en une obligation faite au juge de tenir compte de l'origine des biens dans le partage.

On s'aperçoit que, par delà le droit aux biens en nature, les deux successions n'en forment véritablement qu'une seule dans les rapports entre les héritiers au moment du partage. En effet, quelle que soit sa quote-part, chacun a vocation à recevoir la totalité de chaque bien de l'une et l'autre succession. Les biens d'une masse sont donc, dans cette mesure, fongibles avec les biens de l'autre et tous présentent ainsi une qualité unanimement reconnue aux biens compris dans une même universalité (4).

La licitation peut donc porter sur des biens appartenant à des successions multiples, comme sur des biens compris dans une seule

(3) Req. 20 juillet 1932, D. 1933.I.113, note Savatier ; S. 1934.I.41, note Vialleton ; Civ., 1^{re}, 22 janvier 1962, D. 1962.418, note Cornu. Voir déjà Req. 9 avril 1877, S. 1877.I.261. VIALLETON, *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1933, p. 129.

(4) GARY, *Essai sur la notion d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*. Thèse, Bordeaux, 1931, p. 304.

succession, sans que le droit au partage par successions séparées puisse élever la moindre objection (5).

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA LICITATION GLOBALE.

32. — Ces observations conduisent à examiner la nature juridique de la licitation globale au cas de successions confondues. S'agissant d'indivisions entre nus-proprétaires d'une part, et usufruitiers d'autre part, la doctrine critique en général l'expression « licitation » de la pleine propriété utilisée par la jurisprudence et préconise un vocabulaire qui distingue le cas où la licitation est un mode de partage d'une indivision et le cas où elle s'analyse en un procédé de réalisation de biens immobiliers que les circonstances imposent comme une nécessité de fait. Les auteurs parlent alors plus volontiers de « vente en justice » (6) ou de « vente par autorité de justice » (7).

La distinction mérite d'être faite.

Lorsque la vente s'avère nécessaire pour permettre l'exercice de droits non pas indivis mais seulement confondus sur un même ensemble de biens, l'opération a les effets ordinaires d'une vente et non ceux d'un partage, même si l'acquéreur est un des titulaires de droit sur la chose vendue (8).

Au contraire, la licitation d'une chose indivise au profit d'un des indivisaires produit tous les effets d'un partage.

Dans le cas où intervient, au profit d'un indivisaire, la licitation globale de biens appartenant à plusieurs successions, l'opération s'analyse-t-elle alors en une vente forcée ou en une véritable licitation ?

A l'appui de la première solution, on pourrait invoquer la séparation des indivisions. Mais cet argument est fallacieux et la réponse est certaine : il s'agit d'une licitation produisant les effets du partage au profit du cohéritier attributaire.

En effet, chaque héritier, quelque soit sa quote-part peut recevoir, au titre du partage, la totalité de chacun des biens de l'une ou

(5) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, t. X, § 624, p. 77, note 21.

(6) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. 5 bis, Successions par Le Balle, n° 633.

(7) VIALLETON, Le droit au partage des usufruitiers et nus-proprétaires par indivis. R.T.D.C. 1925, p. 261 et suiv.

(8) WAHL, note sous Civ., 12 mai 1897, S. 1898.I.193. CONAN, De la licitation et de la vente par autorité de justice de la pleine propriété à la requête d'un propriétaire, d'un usufruitier ou d'un nu-proprétaire, Thèse, Rennes, 1943, p. 134 et suiv.

l'autre succession. L'attribution privative dont il bénéficie ne fait que libérer sa vocation à la totalité, fondée sur un droit portant sur le tout mais limité jusqu'alors par les droits concurrents de ses cohéritiers. Il en est ainsi pour les biens de l'une ou l'autre succession, et de même pour ceux qui appartiennent à l'une et l'autre.

A cette occasion, on peut observer à nouveau que, dans les rapports entre les héritiers et au moment du partage, les deux successions ne forment, au droit aux biens en nature près, qu'une seule et même universalité.

Sous-section 2.

Objection tirée de la nature juridique et des conséquences de la licitation.

33. — On a contesté, d'un autre point de vue, que le juge puisse grouper dans une même licitation, des biens appartenant à plusieurs successions et cela pour deux raisons, l'une de droit, tirée de la nature juridique de la licitation, l'autre de fait, tirée des conséquences de la licitation.

§ 1. — RAISON DE DROIT.

34. — Si la confusion dans la licitation n'est pas possible, c'est que la licitation est une opération de partage et doit être soumise aux mêmes règles que le partage lui-même.

1° Cette opinion a été soutenue par le procureur général Baudouin, dans une espèce où la Cour de cassation devait apprécier la validité d'une licitation globale de plusieurs successions et communautés (9).

Pour ce magistrat, le partage n'est pas une opération unique consistant à attribuer à chacun le lot qui lui revient. C'est une opération complexe à plusieurs phases tendant à la formation des lots. La licitation en fait partie et doit obéir aux mêmes règles. D'ailleurs, le Code civil la régit au titre du partage.

Il en résulte que la confusion dans la licitation n'est pas plus concevable que la confusion dans le partage en nature. On ne peut composer les lots à liciter d'immeubles provenant de successions différentes dès lors que l'un des héritiers s'y oppose.

(9) Civ., 30 mai 1911, précité.

Naquet s'est attaché à réfuter l'argumentation du procureur général Baudouin. Pour cet auteur, le principe de la distinction des masses en cas de partage est un corollaire de la règle du partage en nature ; c'est parce que le partage doit avoir lieu en nature qu'on ne peut confondre les masses. Il devrait donc s'ensuivre que la distinction des masses ne s'impose plus, lorsque disparaît le partage en nature.

Cette réplique ne semble pas parfaitement convaincante. Si, comme le pense Naquet, le principe de la distinction des masses découlait de la règle du partage en nature, il serait évident qu'il se trouverait écarté au cas de licitation.

Mais, en réalité, plusieurs règles sont ici en cause, qu'il importe de distinguer.

On sait que le droit aux biens en nature des héritiers (art. 826, C. civ.) a pour double corollaire le droit au partage en nature (art. 827 C. civ.) et le droit au partage par successions séparées (10). Il est donc inexact de dire que le principe de la distinction des masses se déduit de la règle du partage en nature et il est tout aussi faux d'affirmer, sans autre preuve, que la distinction des masses ne s'impose plus lorsque le partage en nature est écarté. Rien n'indique *a priori* que les deux règles soient solidaires.

S'il est vrai que la distinction des masses ne s'applique pas à la licitation, c'est pour une autre raison. En effet, la licitation est précisément ordonnée dans le cas où cette distinction est impossible en l'état des biens et afin de la rendre réalisable par substitution des valeurs divisibles à des biens indivisibles.

Il serait donc contradictoire d'imposer une distinction des biens selon leur origine, dans une opération qui trouve sa justification dans l'impossibilité de les distinguer.

35. — 2° En est-il différemment lorsque la licitation a lieu au profit d'un héritier et produit les effets du partage en nature ? Cette assimilation au partage en nature ne doit-elle pas être étendue à l'interdiction de confondre ?

Naquet repousse cette assimilation trop absolue. Certes, dit l'auteur, la loi a décidé que la licitation au profit d'un indivisaire donnerait lieu au privilège des copartageants et à l'effet déclaratif du partage. Mais cela tient à ce que les raisons qui ont fait établir le privilège des copartageants, ou consacrer l'effet déclaratif du partage, se rencontrent identiques en matière de licitation. Il convient

(10) Voir *supra*, n° 18.

au contraire d'écarter les règles du partage en nature qui n'ont pas de raison d'être dans la licitation, telle que la règle de la distinction des masses.

Toutefois, affirmer n'est pas justifier. Quelle que soit la personnalité de l'adjudicataire, la licitation n'a lieu qu'en raison de l'indivisibilité des différentes successions ; il serait là encore contradictoire d'appliquer par la suite le principe de la séparation des successions aux biens jugés indivisibles.

§ 2. — RAISON DE FAIT.

36. — L'héritier qui veut se porter adjudicataire d'un bien peut avoir intérêt à ce que les successions ne soient pas confondues dans la licitation. En effet, si un bien successoral est offert avec d'autres biens appartenant à une succession différente, l'héritier va peut-être se trouver arrêté dans ses enchères, la valeur du lot ainsi composé dépassant ses moyens (11).

Mais il s'agit là d'une considération de pur fait qui ne peut avoir d'incidence sur la règle de droit. Au demeurant, le droit d'enchérir des héritiers ne se trouve nullement entravé par la confusion des masses. On ne saurait d'ailleurs imposer aux communistes une licitation opérée dans des conditions désavantageuses sous prétexte qu'une licitation globale dépasserait les ressources d'un des héritiers (12).

§ 3. — POSITION DE LA COUR DE CASSATION.

37. — La Cour de cassation n'a pas hésité à admettre la validité de la licitation globale de biens dépendant de successions différentes (13).

Dans l'espèce soumise à la Cour suprême, plusieurs communautés et successions étaient à partager entre les mêmes parties. Le tribunal civil de Bayeux, par jugement du 21 décembre 1906, puis la Cour d'appel de Caen, par arrêt confirmatif du 12 juin 1907, avaient ordonné la licitation en une seule masse, divisée en plusieurs lots, sans tenir compte de leur origine, des immeubles dépendant des différentes indivisions.

(11) Conclusions Baudouin précitées.

(12) NAQUET, note précitée.

(13) Civ., 30 mai 1911, précité.

Le pourvoi faisait grief à l'arrêt d'avoir confondu dans une même licitation, des biens appartenant à des indivisions différentes, en les amalgamant dans la composition des mêmes lots, sous prétexte que la licitation ainsi ordonnée ne faisait pas obstacle à la liquidation séparée de chacune des masses indivises.

L'arrêt de rejet constate dans ses motifs « qu'à la suite de l'expertise qu'il avait ordonnée sur la demande en partage..., le tribunal civil de Bayeux avait, par homologation du rapport des experts, déclaré qu'en l'état des biens, après les nombreuses modifications qu'ils avaient subies, ainsi qu'en l'état des droits de chacune des parties, une licitation générale s'imposait ; que cette licitation aurait pour résultat d'obtenir une plus-value considérable sur l'ensemble ; qu'elle ne ferait d'ailleurs pas obstacle à la liquidation de chacune des masses indivises ». L'arrêt déclare alors que la Cour de Caen, en s'appropriant cette déclaration, avait légalement justifié sa décision.

Il résulte clairement des termes de l'arrêt d'appel que la licitation globale s'est trouvée justifiée par l'indivisibilité des différents biens, au sens très compréhensif que la jurisprudence a donné à cette notion. L'indivisibilité apparaît donc comme la source de validité de la licitation globale et doit, à ce titre, faire l'objet d'une étude approfondie.

Section 2.

La division des biens.

38. — C'est surtout à l'occasion du partage d'une indivision unique que la jurisprudence et la doctrine ont élaboré les principes relatifs à la division des biens. Certaines décisions concernent cependant le cas de biens appartenant à plusieurs indivisions. D'ailleurs, dans les deux cas, la notion d'indivisibilité est la même.

La différence entre les deux hypothèses vient surtout du caractère absolu qu'il faut reconnaître au droit au partage par successions séparées en regard de la plasticité, encore accentuée depuis les réformes du décret-loi du 17 juin 1938, qui caractérise le droit à l'égalité (14). On ne saurait en particulier, accorder au juge le pouvoir d'inclure le bien appartenant à plusieurs successions dans

(14) Civ., 21 avril 1947, J.C.P. 1947.II.3666 SAVATIER.

une seule masse à partager, en indemnisant l'autre masse par une soulte (15).

D'autre part, en cas d'indivision unique, le fractionnement d'un bien, lorsqu'il a lieu, se fait en autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copartageants. Au cas d'indivisions multiples, la division d'un bien se fait en autant de parties qu'il y a de masses à partager. Il n'y a pas à se préoccuper, pour apprécier sa divisibilité, du sous-fractionnement dont il sera l'objet à l'occasion du partage de chaque masse *ut singuli* (16).

Mais il faut admettre que la divisibilité s'apprécie en toute hypothèse, relativement à l'ensemble des immeubles, ainsi qu'il résulte des articles 827 du Code civil et 974 du Code de procédure civile. Par exemple, la licitation d'un immeuble impartageable sera évitée, si la totalité des immeubles s'avère partageable.

De même, l'interdiction formulée par l'article 832 du Code civil contre le morcellement des héritages et la division des exploitations a certainement une portée générale et s'applique aussi bien au partage d'une succession unique qu'au partage de successions multiples. On sait que les réformes de 1938 ont donné une vigueur nouvelle à cette prohibition. Licitation ou attribution globales doivent donc être préférées au morcellement des héritages et à la division des exploitations.

Sous-section 1.

Division des héritages.

39. — Par division, on entend généralement le fractionnement d'un droit unique en une pluralité de droits de même nature. Ainsi le partage d'un terrain opère la substitution à une propriété unique de propriétés multiples portant sur des parcelles du terrain.

A côté de ce mode classique de partage, dit partage matériel, la doctrine moderne reconnaît la possibilité d'un partage juridique : pour faciliter le partage en nature, le droit lui-même fera l'objet

(15) S'il existe entre les deux successions, une communauté dissoute, il semble qu'elle doit être partagée comme une indivision, c'est-à-dire selon les indications de l'article 832, alinéas 1 et 2 du Code civ. Sur la nature juridique du partage de la communauté, après le décès des deux époux. Voir *infra*, p. 181 et suiv.

(16) Voir la solution de l'article 831 du Code civ. pour les souches copartageantes. Il est vrai que la distinction des successions s'accompagne généralement de leur partage entre les héritiers.

d'un démembrement de telle sorte qu'à l'issue de l'opération apparaissent des droits qui n'existaient pas à l'origine (17). Ainsi, pour les besoins de la division, le juge pourra créer par exemple une servitude ou un droit au bail nouveaux. Ses pouvoirs de partager juridiquement les biens restent d'ailleurs discutés.

§ 1. — DIVISION MATÉRIELLE.

40. — La division matérielle peut avoir pour résultat de modifier l'assise territoriale de la propriété : on parle alors de division verticale. Mais la division peut aussi avoir lieu sans modification des limites du sol. On parle alors de division horizontale : c'est le cas de la division des maisons par étages ou par appartements (18).

I. — *Division verticale.*

41. — C'est à l'occasion de la division verticale que la jurisprudence a donné une extension remarquable à la notion d'indivisibilité.

A. — *Indivisibilité physique.*

a) Le partage implique une division physique de la chose elle-même, afin de donner aux droits privatifs qui apparaissent des assises territoriales distinctes. Si cette division physique n'est pas réalisable, la licitation doit être ordonnée par le juge.

Mais ici, il convient de tenir compte de l'interdiction de morceler les héritages, édictée par l'article 832 du Code civil, interdiction renforcée par le décret-loi du 17 juin 1938.

La licitation devra être préférée à la division, lorsqu'il apparaît que cette dernière entraînerait un morcellement de l'héritage indivis.

D'autre part, on peut déduire de l'article 815 du Code civil que, après le partage et dans les limites de la demande, la situation doit être définitivement réglée : il ne peut, en principe, subsister de parties communes.

(17) LEGEAIS, Le droit au bail dans le partage R.T.D.C. 1956.226. SAVATIER, Peut-on dans un partage judiciaire de biens familiaux réunir à l'attribution ou à la licitation d'un fonds de commerce un droit au bail sur l'immeuble familial où le commerce s'exerçait ? R.G.N. 1955.27322, R.T.D.C. 1955.685.

(18) Sur cette distinction voir VOIRIN, note sous Civ. 1^{re}, 21 janvier 1958, J.C.P. 1959.II.10962.

42. — b) Cependant, la jurisprudence a toujours admis que le partage pouvait laisser subsister certaines parties communes nécessaires à l'exploitation ou à l'utilisation des fonds divisés. Cette proposition est évidente pour la mitoyenneté et personne ne songe à soutenir que l'article 815 du Code civil oblige à partager les murs mitoyens compris dans l'indivision (19).

Mais par ailleurs, de nombreuses décisions ont reconnu que le partage des fonds ne devait pas faire obstacle à l'utilisation en commun par les propriétaires divis de certains accessoires nécessaires tels que passages, cours, ruelles ou puits (20).

Toutefois, devant l'absolutisme de l'article 815 du Code civil, les premiers arrêts hésitaient à analyser ce droit d'utilisation commune en une indivision forcée. La jurisprudence déclarait alors que l'indivision entière avait été partagée, y compris les accessoires nécessaires des immeubles, mais que ces accessoires se trouvaient grevés de servitudes réciproques au profit de chacun des fonds (21). Cette analyse était peu satisfaisante car on ne trouve pas, dans la situation envisagée, l'existence d'un fonds servant et d'un fonds dominant caractéristiques de la servitude.

Les arrêts en vinrent alors à déclarer explicitement que « le passage (nécessaire à l'utilisation des fonds) n'est pas une servitude mais un terrain laissé en commun pour l'usage des copartageants » (22). La notion d'indivision nécessaire, échappant à la règle de l'article 815 du Code civil, est actuellement communément admise en jurisprudence (23).

La doctrine approuve d'ailleurs ces solutions. Bonnecase distinguait la copropriété « susceptible d'une durée indéfinie » et l'indivision qui « revêt une existence provisoire, traduite par la disposition de l'article 815 du Code civil » (24). L'auteur caractérisait les deux droits par leur objet : la copropriété est « un droit réel appartenant collectivement à plusieurs sur une seule et même chose individualisée », alors que l'indivision « sert à désigner une universalité appartenant à plusieurs ». Ce critère de distinction est certainement insuffisant pour justifier une différence de régime (25).

(19) BECQUÉ note sous Trib. Civ. Seine, 25 avril 1952, J.C.P. 1953.II.7399. SAVATIER, R.T.D.C. 1952.247.

(20) Civ., 15 février 1858, D. 1858.I.125. Civ., 31 juillet 1872, S. 1872.I.334. Req. 17 mai 1887, D. 1888.I.60. Req. 21 octobre 1889, D. 1891.5.435.

(21) Cass., 10 décembre 1823, D. Jur. Gén. V° Successions n° 520.

(22) Paris, 6 novembre 1863, D. 1863.2.212.

(23) V. encore Civ., 8 octobre 1958, R.G.N. 1958.27749.

(24) BAUDRY-LACANTINIERE, Traité de Droit civil. Supplément par BONNECASE, tome IV, n° 175, p. 349.

(25) HÉBRAUD, La copropriété par appartements, R.T.D.C. 1938.62.

Les auteurs modernes écartent l'application de l'article 815 du Code civil lorsque l'exige la destination économique du bien, comme par exemple s'il s'agit d'une chose affectée à l'usage commun de plusieurs immeubles appartenant à des propriétaires différents (26).

B. — *Indivisibilité économique.*

43. — La jurisprudence s'est attachée à étendre considérablement la notion d'indivisibilité et, sous couvert de cette idée largement entendue, les tribunaux se sont refusés à diviser les héritages chaque fois que la division aurait pu être préjudiciable aux intérêts des héritiers.

C'est ainsi que la Cour de cassation déclare que, pour que la licitation s'impose, il n'est pas nécessaire que la division matérielle soit impossible ; il suffit qu'il puisse en résulter une dépréciation ou que la jouissance devienne notablement plus onéreuse pour les ayants-droit (27). Doit, par exemple, être évitée une division qui créerait de sérieuses difficultés d'exploitation et exigerait la construction d'importants ouvrages sans avantage certain pour les parties (28).

En vertu des mêmes principes, la jurisprudence admet encore que la licitation globale peut être rendue nécessaire par la complexité des droits qui existent sur les immeubles. Si, à l'occasion du partage d'une communauté et d'une ou plusieurs successions, il se révèle entre la fixation des reprises des époux, le partage de la communauté et la liquidation des successions une connexité intime qui ne permet pas de séparer ces opérations, le juge pourra ordonner la licitation globale de l'ensemble des immeubles (29).

On peut d'ailleurs se demander si, étant donné l'inspiration nouvelle du droit du partage, le juge ne doit pas tenir compte de l'intérêt économique et social, plutôt que de celui des héritiers, pour apprécier la divisibilité des biens.

En tout cas, il est certain que, loin d'étendre à la licitation le principe de la séparation des successions, la jurisprudence n'hésite pas à procéder à des licitations globales de biens appartenant à plusieurs successions.

(26) ROSENFELD et LIDSKY, *Indivision, copropriété et partage successoral par appartements*, D. 1955, chron. 33.

(27) Civ., 19 juin 1857, D. 1857.I.294.

(28) Montpellier, 8 juin 1954, D. 1954, Somm. 71.

(29) Req. 11 décembre 1882, D. 1884.I.36 ; à la demande d'un usufruitier : Trib. Civ. Seine, 1^{er} décembre 1893, D. 1894.2.107. Comp. Civ. 1^{re}, 22 janvier 1962, précité.

Cependant, le partage en nature reste en toute hypothèse préférable et le juge peut, pour le faciliter, laisser subsister certaines parties communes. Ces parties communes prennent une importance considérable dans la division horizontale.

II. — *Division horizontale.*

44. — La validité de la division des immeubles par étages ou par appartements a fait l'objet, ces dernières années, d'une vive controverse. En réalité, les divergences existaient surtout en jurisprudence, la doctrine s'étant très généralement montrée favorable à la validité. Actuellement, la discussion paraît close, la Cour de cassation s'étant elle-même prononcée en faveur du partage par appartements.

Il en résulte que, lorsqu'un immeuble appartient à plusieurs successions, le juge doit éviter d'ordonner la licitation globale si la séparation des masses peut être réalisée par la division horizontale de l'immeuble.

Ce point acquis, il n'est toutefois pas inutile de rappeler les termes de la controverse, afin de préciser les conditions de la division horizontale.

Les objections présentées contre l'opération se plaçaient soit sur un plan économique, soit sur un plan juridique.

A. — *Objections d'ordre économique.*

45. — On a parfois soutenu que le partage par appartements n'était pas économiquement souhaitable.

D'une part, en effet, les appartements non habités par leur propriétaire vont se trouver multipliés et de graves difficultés risquent de s'élever entre les groupes de locataires et les propriétaires dispersés.

D'autre part, les appartements divisés, en raison des difficultés de la cogestion, n'attireront pas les acheteurs et le marché risque d'en être rapidement saturé (30).

Ces objections ne sont sans doute pas dénuées de toute valeur. Il faut toutefois reconnaître qu'en raison de la situation actuelle, la multiplication des appartements ne présente aucun danger (31). De plus, la licitation de l'immeuble offre l'inconvénient de dépouil-

(30) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 526 bis, p. 729.

(31) ESMEIN, note sous Civ. 1^{re}, 17 juillet 1958, J.C.P. 1958.II.10856.

ler les héritiers des appartements qui se trouvent dans la succession et, par le jeu des enchères, de favoriser les hausses spéculatives de prix.

B. — *Objections d'ordre juridique.*

a) *Objection tirée de l'article 815 du Code civil.*

46. — Le partage par étages ou par appartements laisse subsister l'indivision relativement à certaines parties de l'immeuble, dites parties communes. Il semble même que les parties communes sont quantitativement beaucoup plus importantes que les parties divisées. Gros murs, toitures, escaliers, etc... sont des parties communes. L'article 664 du Code civil paraît attribuer la propriété de chaque plancher au propriétaire de l'étage supérieur, mais on admet généralement que les planchers sont communs (32). A tel point qu'on a pu déclarer que la « propriété privative se ramène aux cubes d'air délimités par les murs et les planchers » (33).

La division par appartements est-elle alors compatible avec l'article 815 du Code civil aux termes duquel nul n'est tenu de rester dans l'indivision ?

La question ne se poserait pas si on analysait en une servitude les droits de chaque propriétaire sur les parties communes (34). Mais, on ne trouve pas ici le fonds servant et le fonds dominant caractéristiques de la servitude. Il s'agit donc bien d'une indivision et le problème reste entier.

1° Thèse de l'impossibilité.

La thèse de l'impossibilité est énoncée par un arrêt de la Cour d'Aix, dont la solution a été reprise par différentes juridictions (35).

Pour la Cour d'Aix, le partage par appartements ne fait pas cesser l'indivision et contrevient à l'article 815 du Code civil. D'ailleurs, la loi a dû réglementer spécialement la gestion des parties communes suivant des modalités qui rendent les copropriétaires dépendant les uns des autres à tous égards.

M. Maguet écrit en note que la loi du 28 juin 1938 réglant le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements

(32) HÉBRAUD, *loc. cit.*, p. 27.

(33) SAVATIER, La propriété par étages et par appartements. *Lois nouvelles*, 1927, p. 177.

(34) *Supra*, n° 42.

(35) Aix, 7 mars 1942, J.C.P. 1943.II.2182, Ed. Not., note Maguet, 25 mars 1952, G.P. 1952.I.337. En ce sens : Trib. Civ. Clermont Ferrand, 28 octobre 1953, G.P. 9-10 décembre 1953. Montpellier, 21 décembre 1955, J.C.P. 1956.II.9189, *contra* : Aix, 22 septembre 1959, D. 1959.447.

n'a pas modifié la situation des indivisaires. Elle est seulement venue compléter l'article 664 du Code civil mais le partage reste régi par l'article 815 du Code civil.

2° Thèse de la validité.

L'objection tirée de l'article 815 du Code civil est loin d'être convaincante. D'une part, on peut invoquer que la doctrine et la jurisprudence ne reconnaissent pas à cet article une portée absolue (36). D'autre part, on fait valoir que le partage par appartements, en évitant la licitation des immeubles, répond au vœu du législateur de voir réaliser aussi souvent que possible le partage en nature.

I. — Il est universellement admis que certaines parties communes échappent, en raison de leur destination, à la règle de l'article 815 du Code civil, en cas de division verticale. Il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître l'existence de l'indivision forcée lorsqu'il s'agit de division horizontale (37). On objecte certes que le partage par appartements laisse dans l'indivision non certaines parties accessoires de l'immeuble, mais bien l'essentiel de la construction. Mais, en réalité, c'est la partie habitable qui constitue l'essentiel d'une maison, celle précisément qui fait l'objet de la division. Comme l'écrit M. Savatier, le cadre de maçonnerie « est beaucoup moins un bien qu'une charge ; le tort des décisions consiste à avoir refusé d'admettre le partage de l'actif, c'est-à-dire des logements intérieurs, sous prétexte que les charges, c'est-à-dire l'obligation d'en entretenir le cadre extérieur, demeureraient communs » (38).

D'ailleurs la précarité de l'indivision classique se justifie, pour une large part, par son caractère inorganisé. Or la loi du 28 juin 1938 est venue donner un statut à la copropriété des immeubles divisés par appartements ou par étages.

Enfin, la loi du 4 février 1943, complétant la loi du 28 juin 1938, prévoit que, si une société de construction vient à se dissoudre, les associés pourront, à certaines conditions de majorité, décider de procéder au partage en nature des immeubles construits par la société et leur décision, homologuée par le tribunal, s'impose à la minorité. On ne peut évidemment assimiler le partage successoral au partage de l'actif d'une société de construction. Mais cette

(36) *Supra*, n° 42.

(37) BECQUÉ, note précitée. Civ., 8 octobre 1958, précité.

(38) SAVATIER, Le partage par appartements, R.G.N., 1954.27237.

disposition marque la faveur du législateur pour le partage en nature des immeubles à usage d'habitation (39).

II. — Le partage par appartements répond à un autre souci du législateur : celui du partage en nature. La division par appartements évitera souvent la licitation et c'est un argument de plus pour en admettre la validité.

Il convient d'ailleurs de remarquer que la Cour de cassation, lorsque le partage en nature se révèle impossible, reconnaît la validité de la licitation par appartements si elle est « de nature à assurer l'aliénation (des locaux) dans les meilleures conditions » (40).

b) Objection tirée des droits des indivisaires.

47. — 1° Pour certains auteurs, l'objection majeure contre le partage par appartements viendrait de ce que les indivisaires seraient contraints d'entrer dans une indivision organisée, de type sociétaire. En effet, les copropriétaires, à défaut de convention, sont soumis au régime de la loi du 28 juin 1938. La règle de la majorité se trouve substituée à la règle de l'unanimité et une telle atteinte à leurs droits ne serait concevable qu'en vertu d'une disposition légale (41).

On peut certes répondre que le copropriétaire qui ne veut pas se soumettre au règlement peut vendre son appartement (42), mais cette vente forcée apparaît bien, elle-même, comme une atteinte à son droit et ne justifie rien (43).

2° L'objection, pour être sérieuse, ne paraît pas dirimante. Si on admet la notion d'indivision perpétuelle et forcée, n'est-il pas inévitable d'accepter que cette forme de propriété soit soumise à une réglementation et que les droits des propriétaires se trouvent diminués ? (44).

Il est d'ailleurs usuel que le juge, à l'occasion d'un partage, détermine les droits et obligations des propriétaires quant à l'utilisation des parties communes, ou impose des règlements d'eau aux riverains successifs d'un ruisseau (45). Il en résulte certes des

(39) BECQUÉ, note précitée.

(40) Civ., 22 mai 1957, R.G.N. 1958.27613.

(41) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 526 bis. AZOULAI, Le droit de copropriété par appartements, Thèse, Paris, 1956, p. 234.

(42) DECOQ, La division des immeubles par appartements dans les partages, R.T.D.C., 1960, p. 569 et suiv.

(43) VOIRIN, note précitée au J.C.P. 1959.II.10962.

(44) ESMEIN, note précitée au J.C.P. 1958.II.10856.

(45) SAVATIER, article précité R.G.N. 1954.27237, note au D. 1960.477 sous Civ. 1^{re}, 19 janvier 1960.

entraves à l'exercice des droits des indivisaires. « Mais ce serait une illusion particulièrement contraire aux nécessités de la vie moderne, que d'admettre la rigoureuse indépendance de chaque propriété par rapport aux autres » (46).

Un auteur n'hésite pas à qualifier anachronique l'objection tirée de l'atteinte subie par les droits des indivisaires, lorsque ces derniers entrent de force dans le syndicat des copropriétaires. « L'accent », écrit-il, « doit être mis sur l'affectation aussi adéquate que possible des parties communes de l'immeuble à l'usage privatif des copartageants. Or, le syndicat de propriétaires est le seul moyen légal de préserver cette affectation » (47).

La réglementation des droits des propriétaires s'évince donc d'elle-même de l'idée de communauté perpétuelle et forcée.

c) *Position de la Cour de cassation.*

48. — La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ces différentes objections, et a, par décisions de principe en date du 19 janvier 1960, reconnu la validité de la division des immeubles par appartements à l'occasion du partage successoral (48) ou du partage de la communauté (49).

On relève dans les motifs d'un des arrêts que l'article 815 est inapplicable « à l'indivision nécessaire résultant de la copropriété des parties communes ». La Cour remarque par ailleurs, que « si les lois qui organisent cette copropriété leur imposent certaines obligations, ces copropriétaires n'en reçoivent pas moins des droits privatifs d'utilisation et de jouissance sur l'appartement dont ils sont titulaires et dont ils peuvent disposer dans les conditions légales ».

La validité de la division successorale d'un immeuble par étages ou par appartements est désormais acquise.

§ 2. — DIVISION JURIDIQUE.

49. — La jurisprudence tend donc à éviter le fractionnement des droits et ordonne la licitation globale lorsque la division serait préjudiciable aux intérêts des héritiers.

(46) SAVATIER, *eod. loc.*

(47) DECOQ, *loc. cit.*

(48) Civ. 1^{re}, 19 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11458.

(49) Civ. 1^{re}, 19 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11481.

Mais, si on s'en tient à la division matérielle des biens, il est à craindre que la licitation globale ne s'impose fréquemment, alors qu'il serait au contraire souhaitable que les héritiers recueillent en nature les biens familiaux. On peut donc se demander si le droit n'offre pas d'autres techniques de division des biens, qui permettraient d'éluder la licitation tout en sauvegardant les intérêts des héritiers, réduisant ainsi le domaine de la confusion judiciaire.

Le partage juridique répond à ces préoccupations : pour les besoins du partage, le juge crée des droits réels ou personnels qui n'existaient pas à l'origine sur les biens indivis.

Le Code civil ne semble pas avoir prévu un tel mode de division. L'article 1217 oppose la division intellectuelle à la division matérielle, mais cette distinction concerne les obligations et non le partage et les dispositions particulières à ce dernier ne paraissent envisager que la division matérielle.

La jurisprudence n'a cependant pas hésité à se reconnaître le pouvoir de créer des servitudes à l'occasion du partage. Il faut alors se demander s'il s'agit là d'un pouvoir général s'étendant à tous les droits.

I. — *Jurisprudence relative aux servitudes.*

50. — La Chambre des requêtes, par arrêt en date du 15 juin 1910 (50) a formellement reconnu aux juges du fond le pouvoir de créer une servitude pour rendre un bien divisible. Cette décision n'est cependant pas isolée et la jurisprudence antérieure était déjà en ce sens. Toutefois, des controverses se sont élevées sur le fondement de cette servitude qui apparaît à l'issue du partage.

A. — *La jurisprudence.*

a) *Avant l'arrêt du 15 juin 1910.*

On sait que l'analyse du droit des copropriétaires sur les accessoires nécessaires dont ils doivent user en commun, a donné lieu à des hésitations en jurisprudence.

Les arrêts admettent depuis longtemps qu'il s'agit d'une indivision nécessaire échappant à la règle de l'article 815 du Code civil. Mais, une première jurisprudence, devant les termes absolus de l'article 815, avait analysé en servitudes réciproques les droits des

(50) D. 1913.I.481, S. 1911.I.271.

propriétaires sur les accessoires des fonds (51). C'est dans cette jurisprudence qu'il faut rechercher l'origine du pouvoir reconnu au juge de créer des servitudes à l'occasion du partage. Ce pouvoir est mentionné dans des arrêts anciens de la Cour de cassation.

Dans un arrêt de 1823 (52), la Chambre des requêtes déclare que « s'il est vrai que nul n'est contraint de demeurer dans l'indivision et que le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815 C. civ.), il est vrai aussi que toutes les fois qu'entre deux propriétés et deux établissements principaux, possédés séparément par deux différents propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des deux propriétés principales que sans sa possession et sa jouissance commune lesdites propriétés principales seraient ou de nul usage ou d'un usage notablement détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit objet accessoire, et les deux propriétés sont censées demeurer à cet égard, moins dans une indivision que dans une servitude réciproque ».

Dans un arrêt postérieur de la même Chambre des requêtes, on lit que « si quelques parties de l'héritage... sont jugées devoir rester communes entre les partageants, ceux-ci ne restent pas pour celà dans l'indivision parce que cette communauté de certaines parties des objets divisés constitue une servitude réciproque de l'un des propriétaires envers l'autre » (53).

b) *L'arrêt du 15 juin 1910.*

L'arrêt le plus caractéristique à cet égard a été rendu par la Chambre des requêtes le 15 juin 1910 (54).

Une forêt était à partager entre deux héritiers, mais l'exploitation de chacun des lots envisagés n'était possible qu'en laissant subsister un chemin commun. Un des indivisaires s'élève contre ce procédé contraire, dit-il, à l'article 815 du Code civil.

Le tribunal civil de la Seine, par jugement en date du 17 mai 1907, déclare alors qu'il ne s'agit pas d'une indivision, mais d'une servitude réciproque dans l'intérêt commun des deux propriétaires. Le tribunal ajoute « qu'il est parfaitement légal qu'en cas de partage, une servitude résulte d'un jugement d'homologation ».

(51) V. *supra*, n° 42.

(52) Req. 10 décembre 1823, précité.

(53) Req. 21 août 1832, S. 1833.I.775.

(54) Précité.

La Cour de Paris confirme le jugement par arrêt en date du 30 mars 1909.

Enfin, le pourvoi est rejeté par la Chambre des requêtes qui déclare « qu'il ressort de l'arrêt attaqué que la forêt à partager ne pouvait se vendre avantageusement en un seul lot ; qu'en conséquence, la constitution de la servitude de passage que critiquent les demandeurs en cassation, sur le chemin dont le lotissement homologué par l'arrêt attribue la propriété dans le sens de la longueur à chacun des deux lots créés, était aussi indispensable pour arriver à une licitation qu'à un partage en nature ; qu'à défaut de ce passage, il n'aurait existé qu'une issue insuffisante pour l'exploitation agricole du bois ; qu'il rentrerait par suite dans les pouvoirs du juge chargé de prescrire les mesures nécessaires pour réaliser le partage de proclamer le droit qu'aurait le propriétaire d'un des lots d'obliger le propriétaire de l'autre lot à subir la servitude constituée et de déclarer que, moyennant l'exercice de cette servitude, l'immeuble était commodément partageable ».

Après ces arrêts, il est donc incontestable qu'une servitude peut résulter du partage. Certains ont toutefois mis en doute qu'elle soit effectivement l'œuvre du juge.

B. — *Fondement de la servitude résultant du partage.*

51. — Aux termes de l'article 639 du Code civil, la servitude « dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires ». Il semble donc exclus, *a priori*, que le juge puisse créer une servitude.

a) *Fondement conventionnel.*

Certains auteurs ont alors soutenu que la servitude née du partage judiciaire a un fondement conventionnel. Suivant cette opinion, « le juge ne fait que remplir le mandat que la loi lui donne au nom des parties de faire pour elles et dans leur intérêt le partage le plus convenable qu'elles pourraient faire elles-mêmes si elles étaient d'accord et maîtresses de leurs droits » (55).

Dans cette perspective, il n'y aurait plus de difficulté à admettre la validité d'une telle servitude puisque la convention est une source de servitude prévue par la loi.

(55) Note sous Req. 15 juin 1910 au D. 1911.I.271 ; en ce sens DEMOLOMBE, *Servitudes*, t. II, n° 732. Conclusions Avocat Général sous Req. 15 juin 1910 au D. 1913.I.481.

Mais l'explication par l'accord des parties est singulièrement artificielle et contraire à la réalité lorsque le juge impose la servitude, contre leur volonté, à certains héritiers ou à tous.

b) *Fondement dans les pouvoirs du juge.*

Il faut donc admettre que le juge crée la servitude en vertu de ses pouvoirs propres. C'est d'ailleurs ce que déclare expressément l'arrêt de la Chambre des requêtes, suivant les conclusions de son avocat général qui avait demandé à la Cour de faire jurisprudence sur ce point.

Telle est également l'opinion de la doctrine moderne (56). Mais il reste à savoir qu'elle est l'étendue de ces pouvoirs. Sont-ils limités à la servitude ou s'étendent-ils à tous les droits réels et personnels ?

II. — *Etendue des pouvoirs du juge.*

A. — *Thèse restrictive.*

52. — Les arguments en faveur de la limitation des pouvoirs du juge aux servitudes ne manquent pas.

a) *Limitation des pouvoirs du juge aux circonstances de l'arrêt de 1910.*

La Chambre des requêtes n'a-t-elle pas statué en raison des circonstances particulières de la cause qui lui était soumise ? S'il en est ainsi, on ne peut déduire de son arrêt aucun pouvoir général pour le juge de créer une servitude à l'occasion du partage.

1° En ce sens, on peut d'abord soutenir que si le juge s'est reconnu, en l'espèce, le pouvoir de créer une servitude, c'est pour éviter de parler d'indivision forcée, contraire à l'article 815 du Code civil. Cette opinion est encore étayée par le fait que la qualification de servitude donnée au droit d'utiliser en commun les accessoires des immeubles divisés est critiquable en raison de l'absence de fonds servant et de fonds dominant. Il faudrait donc se garder de généraliser une décision rendue dans des circonstances très particulières.

Mais ces considérations ne semblent pas affaiblir la portée de la déclaration de principe contenue dans l'arrêt. En effet, au moment où il a été rendu, l'indivision forcée était une notion

(56) LEGEAIS, *loc. cit.* SAVATIER, article précité, R.G.N. 1955.27322, R.T.D.C. 1951, p. 402 et suiv. ; en ce sens déjà : Pardessus. Servitudes, t. II, n° 273.

connue et consacrée par la doctrine et la jurisprudence, et les juges n'avaient aucune raison d'éviter d'en faire application. La Cour de cassation, à propos d'un litige qui aurait pu être situé sur un autre plan, paraît avoir saisi l'occasion d'affirmer les pouvoirs du juge de créer une servitude pour diviser les biens.

2° Il est vrai que les juges du fond constatent « que la forêt ne pouvait se vendre avantageusement en un seul lot » et que « la constitution de la servitude était aussi indispensable pour arriver à une licitation qu'à un partage en nature ». La division du fonds et, par suite, la création de la servitude, s'imposaient donc en raison de la configuration des lieux, quelle que soit l'issue du partage.

Mais on ne saurait en conclure que le juge n'a pas les mêmes pouvoirs, lorsque la division des biens a lieu spécialement pour éviter la licitation et parvenir au partage en nature. Au contraire, si le juge peut créer une servitude à l'occasion du partage, dans le seul but de rendre une exploitation plus « avantageuse », *a fortiori* le même pouvoir doit-il lui être reconnu pour réaliser le partage en nature conforme au vœu du législateur.

Rien n'impose donc de limiter la portée de la solution donnée par la Chambre des requêtes aux circonstances de son arrêt.

b) *Limitation aux servitudes à l'exclusion des autres droits réels.*

D'un autre point de vue, il faut se demander si le pouvoir du juge n'est pas spécial aux servitudes.

En effet, les articles 579, 625 et 639 du Code civil relatifs à la constitution des droits réels ne prévoient que la loi et la convention des parties à l'exclusion du juge — à quoi s'ajoute, pour la servitude, la situation naturelle des lieux. Dès lors, si on admet que le juge peut créer une servitude, son pouvoir à cet égard n'est-il pas exceptionnel et non susceptible de s'étendre aux autres droits réels ? D'autant plus que l'article 684 du Code civil dispose qu'une servitude de passage peut naître à la suite d'un partage créateur d'enclave — sans distinction entre le partage amiable et le partage judiciaire. On pourrait alors trouver dans ce texte le fondement du pouvoir exceptionnel du juge en matière de servitude et refuser, en l'absence de texte analogue, l'extension de ce pouvoir aux autres droits réels.

Quant aux droits personnels, ils sont par leur nature, beaucoup trop éloignés de la servitude pour que l'arrêt de 1910 puisse être invoqué en faveur de leur création par le juge.

B. — *Thèse extensive.*

53. — Mais la doctrine moderne n'a généralement pas admis ces interprétations restrictives de l'arrêt de 1910 et estime que le juge a, dans tous les cas, le pouvoir de créer des droits pour partager.

La source de ces larges pouvoirs se trouverait dans l'article 823 du Code civil aux termes duquel « si l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce... » (57). Cette faculté de « prononcer » permettrait au juge de méconnaître la volonté de ceux des indivisaires qui lui paraît la moins justifiée » (58). Il pourrait alors créer tous droits réels et personnels, afin d'éviter la licitation et de parvenir au partage en nature.

a) *Droits réels.*

La question ne s'est jamais posée en jurisprudence pour les droits réels autres que les servitudes. On invoque parfois deux arrêts qui se seraient prononcés contre la création d'un usufruit par le juge, mais les espèces citées sont relatives à des partages d'ascendant et les juges se contentent de constater que l'usufruit rompt l'égalité au préjudice de l'enfant qui en est attributaire (59).

A l'appui de la thèse extensive, on peut faire état d'une opinion doctrinale qui reconnaît expressément au juge le pouvoir de créer un usufruit à l'occasion du partage (60).

b) *Droits personnels.*

On hésite plus à admettre que le juge puisse mettre des obligations à la charge des copartageants. Mais, là encore, la doctrine moderne est favorable à l'extension des pouvoirs du juge (61).

C'est par application de ce principe qu'il peut, pour la commodité du partage, imposer à un héritier le paiement de la dette successorale incombant à un autre ou grever l'un des héritiers d'une soulte au profit de ses cohéritiers.

L'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juin 1910 et les pouvoirs généraux du juge en matière de division juridique sont encore

(57) LEGEAIS, article précité.

(58) *Idem.*

(59) Civ., 28 février 1855, S. 1855.1.785. Civ., 25 février 1856, S. 1856.1.307.

(60) PLANIOL et RIPERT, t. III, Les Biens par PICARD, n° 763.

(61) LEGEAIS, article précité. SAVATIER, article précité R.G.N., 1955.27322. SAVATIER, R.T.D.C. 1951, p. 402, précité.

invoqués pour justifier les pouvoirs du juge de détacher un bail d'un immeuble appartenant à une des successions au profit d'un fonds dépendant de l'autre, lorsque le fonds est exploité dans l'immeuble. Mais la question ne peut être résolue qu'à la lumière de la notion d'exploitation.

Sous-section 2.

Division des exploitations.

I. — *L'interdiction de diviser les exploitations.*

54. — Le législateur de 1804 s'était déjà préoccupé d'éviter la division des exploitations. L'ancien article 832 du Code civil était en effet ainsi libellé : « Dans la formation et la composition des lots, on doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations ».

Cette prohibition, édictée à propos du partage d'une indivision unique, a certainement une portée générale et s'applique également au partage d'indivisions multiples. Ainsi, lorsqu'une même exploitation est composée d'éléments dépendant de différentes successions, le juge doit réunir partiellement les successions pour ordonner la licitation globale de l'exploitation. Là encore se trouve réalisée la confusion judiciaire des successions.

L'application de ces principes n'a pas soulevé de difficultés en ce qui concerne l'exploitation agricole, unité généralement bien individualisée. Il n'en est pas de même pour l'exploitation commerciale.

II. — *Application à l'exploitation commerciale.*

55. — Il arrive en effet, à l'occasion du partage de deux successions entre les mêmes héritiers, qu'un fonds de commerce dépendant d'une succession soit exploité, sans droit au bail, dans un immeuble dépendant de l'autre succession. Le partage par successions séparées étant réclamé, le fonds et l'immeuble risquent de se trouver dissociés s'ils sont l'objet de licitations distinctes. Or, il est évident que le fonds, privé de son assise immobilière, perdra une grande partie de sa valeur. Comment alors, en l'absence de tout bail, lier le sort de l'immeuble et du fonds ?

En jurisprudence, le problème s'est surtout posé dans des cas de divorce et de séparation de corps. Pendant le mariage, un fonds commun est exploité sans bail dans l'immeuble propre à l'un des époux ; on encore, le fonds propre à l'un des époux est exploité sans bail dans l'immeuble propre de l'autre époux. A la dissolution du régime, si aucun accord n'intervient entre les parties, le fonds sera souvent licité dans des conditions désavantageuses puisqu'il sera privé d'assise territoriale.

Les tribunaux ont cherché à détacher un bail de l'immeuble au profit du fond. Différentes théories émises en ce sens à propos du divorce ou de la séparation de corps, mais transposables au cas qui nous occupe de successions multiples, ont d'ailleurs échoué.

Il ne paraît pas impossible de considérer que la jouissance de l'immeuble, qui n'est pas un élément essentiel du fonds (62), constitue un élément nécessaire de l'exploitation commerciale. Le juge pourrait alors confondre les successions pour ordonner une licitation globale de l'exploitation commerciale comprenant le fonds et le bail.

Les théories avancées pour justifier ce droit au bail se sont inspirées soit de prétendus rapports contractuels entre les époux, soit de principes relatifs au partage.

§ 1. — THÉORIE DU BAIL IMPLICITE.

56. — Au moment du partage, le fonds et l'immeuble se situent dans des successions différentes auxquelles sont appelés les mêmes héritiers. La situation peut d'ailleurs soit avoir été créée par les héritiers après la mort des époux, soit remonter au temps où les époux étaient encore vivants (ou seulement l'un d'entre eux).

Il n'y aurait pas de difficulté si un bail avait été conclu entre les époux ; un tel bail serait certainement valable et les héritiers pourraient s'en prévaloir (63). De même, ces derniers auraient pu conclure un bail entre eux, bien qu'ayant des droits dans les deux successions, par exemple en nommant un mandataire choisi parmi eux pour représenter chacune des successions dans la conclusion du contrat.

A défaut de ce droit au bail explicite, certains arrêts ont cru trouver dans la situation envisagée les éléments d'un bail implicite.

(62) Civ., 21 juillet 1937, D. 1940.I.17, note Voirin ; S. 1938.I.357, note Lagarde. Civ., 25 novembre 1957, D. 1958.389, J.C.P. 1958.II.10509, note Ancel.

(63) VOIRIN, note sous Rennes, 18 mars 1942, D. 1943.15 ; J.C.P. 1943.II.2478, note Rousseaux.

I. — *Enoncé de la théorie du bail implicite.*

a) L'idée de bail implicite a été proposée par un jugement du tribunal civil de Brest du 30 juillet 1941, confirmé par un arrêt de la Cour de Rennes en date du 18 mars 1942 (64).

Dans l'espèce soumise à la Cour de Rennes, un fonds commun était exploité dans un immeuble propre à la femme. Cette dernière, après séparation de corps, demandait la licitation du fonds et le mari, sans s'y opposer, exigeait l'inscription au cahier des charges d'une clause réservant un bail sur l'immeuble au profit de l'acquéreur. Le tribunal fait droit à la demande du mari, estimant que, à défaut de bail expresse, on pouvait découvrir entre les parties qui avaient aménagé une telle situation de fait « au moins (un bail) en puissance » liant le fonds et l'immeuble, « d'autant plus », énoncent les motifs du jugement, « qu'il s'agit d'un fonds d'hôtel peu facilement déplaçable et qui n'a guère de valeur indépendamment de son lieu d'exploitation ».

La Cour d'appel confirme sur ce point la décision du tribunal civil de Brest.

Ainsi, lorsque la dispersion du fonds et de l'immeuble dans les deux successions remonte au vivant des époux, ces derniers ont implicitement contracté un bail dont un ou plusieurs héritiers peuvent se prévaloir à l'encontre des autres pour assurer, dans la licitation ou l'attribution, un sort commun au fonds et à la jouissance de l'immeuble.

En effet, le décès des époux n'emporte pas extinction du bail (art. 1742 C. civ.). Il ne s'éteint pas non plus par confusion dans la personne des héritiers des qualités de preneur et de bailleur car, lorsque est demandé le partage par successions séparées, les créances d'une succession sur l'autre doivent être exécutées (65).

b) On peut d'ailleurs étendre cette solution au cas où la dispersion de l'immeuble et du fonds a été le fait du conjoint survivant et des héritiers appelés à la succession du prédécédé, ou, après la mort des deux époux, le fait des héritiers appelés aux deux successions, et découvrir là encore les éléments d'un bail implicite. Mais la théorie du bail implicite a rencontré, en doctrine et en jurisprudence, une hostilité à peu près unanime.

(64) Rennes, 18 mars 1942, précité. Voir aussi Rennes, 25 juin 1953, D. 1953.667, note Voirin.

(65) Voir *supra*, n° 20.

II. — *Valeur de la théorie du bail implicite.*

a) La doctrine a reproché à la Cour de Rennes d'avoir affirmé l'existence d'un contrat sans la prouver (66). Dans les hypothèses envisagées il est certain qu'on ne trouve pas trace d'une volonté précise seule susceptible de lier le propriétaire de l'immeuble (67) et on en arrive, en fait, à le contraindre à consentir au bail (68). Certes, le refus de contracter est parfois susceptible d'abus, mais encore faut-il qu'il soit inspiré par un motif illégitime qui ne se trouve pas en l'espèce (69).

Finalement, on peut dire, avec un auteur (70), qu'il est aussi inadmissible de faire naître un bail de ce qui n'est qu'une situation de fait que d'admettre la transformation en un droit de l'exercice d'une simple faculté.

b) Aussi la jurisprudence a-t-elle abandonné l'idée de bail implicite. Les tribunaux ont reconnu qu'il n'y avait en réalité pas de trace de contrat (71) et que les modalités du bail étaient arbitrairement fixées par les juges du fonds (72).

La Cour de cassation l'a d'ailleurs condamnée en termes formels en déclarant que « le droit au bail ne pouvait être conféré que par le propriétaire de l'immeuble où le fonds était exploité et que cette cession ne pouvait ni s'induire des circonstances, ni résulter implicitement des règles du régime matrimonial emportant jouissance des propres par la communauté » (73).

Il faut donc chercher ailleurs une technique assurant la solidarité du fonds et de la jouissance de l'immeuble.

§ 2. — SOLUTIONS TIRÉES DU DROIT DU PARTAGE.

57. — Certains auteurs ont recherché le fondement d'un droit au bail au profit du fonds de commerce dans la division des biens qui peut effectivement faire naître des relations juridiques nouvelles entre les copartageants.

(66) RIOU, Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux, Thèse, Paris, 1953.

(67) LEGEAIS, *loc. cit.*

(68) WEIL, note sous Grenoble, 16 juin 1951, J.C.P. 1951.II.6608.

(69) WEIL précité, *contra* Trib. Civ. Pau., 22 octobre 1954, D. 55.I.625, note Boyer.

(70) VOIRIN, note précitée au D. 1953.667.

(71) Trib. Civ. Pau, précité.

(72) Grenoble, 16 juillet 1951, précité. Rennes, 2 mars 1954, R.G.N. 1954.27325.

(73) Civ. 1^{re}, 25 novembre 1957, précité.

Mais, plutôt que de diviser, il s'agit en l'occurrence de maintenir l'intégrité d'un ensemble de biens groupés en une exploitation commerciale.

I. — *Exploitation du droit au bail par la division des biens.*

A. — *Garantie des copartageants.*

58. — On a songé à faire du droit au bail une conséquence de la garantie que se doivent les copartageants.

Mais, la garantie ne peut bénéficier qu'à l'un des indivisaires. En l'espèce, si le fonds est adjugé à un tiers, ce dernier ne pourrait y prétendre. D'ailleurs, à aucun égard, les conditions de la mise en œuvre de la garantie ne sont réunies ; celle-ci n'est due que pour une cause antérieure au partage qui ne se trouve pas dans la situation envisagée (74).

B. — *Articles 684 et 692 du Code civil.*

On peut aussi invoquer l'analogie de la servitude de passage qui naît lorsque la division des fonds crée une enclave, ou de la destination du père de famille qui révèle une servitude (art. 684 et 692 s. C. civ.). De la même façon, un droit au bail pourrait apparaître à l'occasion du partage. Mais il semble bien impossible d'étendre au droit au bail des textes prévus pour les servitudes (75).

C. — *Pouvoirs du juge.*

Le droit au bail ne pourrait-il pas alors être simplement imposé par le juge, puisqu'on lui reconnaît largement le pouvoir de créer des droits pour la réalisation de la division des biens ? Cette justification a été suggérée en doctrine (76).

Mais à vrai dire, le fonds et l'immeuble figurant dans des masses successorales différentes et étant indépendants l'un de l'autre, il n'y a pas, dans une perspective classique, division de biens lorsqu'on les licite séparément (77).

Les pouvoirs du juge ne peuvent donc expliquer la création du droit au bail.

(74) BOYER, note précitée.

(75) ROUSSEAU sous Rennes, 18 mars 1942 précité.

(76) En ce sens LEGEAIS, article précité sur les pouvoirs du juge, *supra*, nos 49 et suiv.

(77) VOIRIN, note précitée au D. 53.667.

En réalité, dans la perspective du droit moderne influencé par les transformations économiques, la séparation de l'immeuble et du fonds constitue effectivement une division de bien, mais une division prohibée par l'article 832 du Code civil, car elle aurait pour objet une exploitation commerciale.

II. — *Explication du droit au bail par l'indivisibilité de l'exploitation commerciale.*

59. — Il semble légitime de considérer que les époux qui ont affecté l'immeuble au fonds de commerce ont entendu créer une véritable exploitation commerciale.

Si le bail ne constitue pas un élément essentiel du fonds, il paraît certain qu'il constitue un élément substantiel de l'exploitation commerciale ainsi créée. En effet, l'exploitation est une unité économique et non une unité juridique ; elle ne coïncide pas avec le fonds de commerce mais rassemble autour d'elle tous les éléments affectés à une même activité économique.

Plus précisément, c'est l'utilisation de l'immeuble qui peut être considérée comme un élément de l'exploitation. Le bail n'en est qu'un aspect occasionnel « car l'instrument nécessaire au commerce et au fonds, ce n'est pas le bail, c'est la jouissance de l'immeuble, indépendamment du titre qui l'assure » (78).

L'exploitation commerciale étant indivisible, selon l'article 832 du Code civil, il en résulte que le juge ne peut séparer purement et simplement l'immeuble et le fonds. Il doit confondre les deux successions pour grouper, dans une même licitation globale, le fonds et la jouissance de l'immeuble, sous forme de bail (79).

C'est donc l'indivisibilité de l'exploitation commerciale qui peut justifier l'inscription d'un droit au bail au profit de l'acquéreur du fonds dans le cahier des charges de la licitation.

Seul pourrait d'ailleurs être grevé d'un bail l'immeuble compris dans l'indivision héréditaire. Il est exclu qu'un des héritiers soit contraint à consentir un tel droit sur son immeuble propre au profit du fonds indivis licité (80), ou attribué.

(78) SAVATIER, R.T.D.C. 1952, p. 91.

(79) SAVATIER, article précité R.G.N., 1955.27322.

(80) Civ., 25 novembre 1957, précité.

60. — L'indivisibilité des biens justifie donc leur licitation globale, sans qu'on puisse élever des objections tirées du droit des héritiers au partage par successions séparées.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une exploitation ou d'une entreprise réunissant les conditions prévues par l'article 832 du Code civil, l'attribution sera souvent préférée à la licitation.

CHAPITRE II

L'ATTRIBUTION GLOBALE DE L'EXPLOITATION

61. — I. — L'article 832 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 19 décembre 1961, organise l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole et de l'entreprise commerciale, industrielle ou artisanale (1). Or ces différents types d'exploitation, fruits du travail et des apports des époux au cours du mariage, se situent rarement dans un seul patrimoine.

Le plus souvent, le jeu des régimes matrimoniaux en disperse les éléments dans les patrimoines du père et de la mère et, éventuellement, dans la communauté (2). Si, comme il est fréquent, la succession du prédécédé n'est pas partagée après son décès, la mort du survivant des conjoints laisse les héritiers en présence de deux successions à partager entre eux, partiellement ou totalement constituées en exploitation.

62. — II. — Dans cette situation, si l'exploitation correspond à la description de l'article 832 du Code civil, l'héritier qui remplit les conditions de ce même article, peut-il prétendre bénéficier de l'attribution préférentielle ?

La loi n'a prévu que l'hypothèse d'une succession unique, et l'attribution de l'exploitation dépendant de successions multiples

(1) L'article 832 nouveau prévoit également l'attribution préférentielle du local d'habitation ou professionnel, du train de culture ou des bâtiments de l'exploitation agricole. Sur ces différents points voir CHEVALLIER : la loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, J.C.P. 1962.I.1687. PATARIN, La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté, R.C.N. 1962.28163, 69, 79, 84, 86, 88, 97. Seules seront retenues dans l'étude les exploitations et les entreprises, comme étant le plus fréquemment constituées de biens d'origine paternelle et maternelle.

(2) DELMAS SAINT HILAIRE, Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, Thèse, Bordeaux, 1957, n° 136, p. 91.

semble impossible à première vue. En effet, si le partage par successions séparées est demandé, le juge ne doit-il pas, avant toute chose, opérer la distinction des successions et, à cette fin, liciter l'exploitation ?

La solution donnée par la jurisprudence est plus conforme à l'intérêt de la famille. La majorité de ses décisions ont admis, sous le régime antérieur à la loi du 19 décembre 1961, la validité de l'attribution de l'exploitation agricole dépendant de plusieurs successions. Ces principes doivent être transposés à l'attribution des exploitations commerciales, industrielles ou artisanales dans le régime actuel.

Il faut alors adapter à l'attribution globale les textes prévus pour l'attribution simple. Dans le cas d'une succession unique, certaines conditions d'attribution sont appréciées au décès de l'ascendant propriétaire de l'exploitation. Mais, lorsque l'exploitation appartenait à plusieurs ascendants, on doit se demander si les conditions d'attribution s'apprécient au décès de l'ascendant prémourant, ou au décès de l'ascendant survivant.

Nous étudierons la validité de l'attribution globale (section 1), puis les conditions de l'attribution globale (section 2).

Section 1.

Validité de l'attribution globale.

63. — L'attribution préférentielle est possible lorsque l'exploitation dépend de plusieurs successions. La même solution doit prévaloir si l'un des époux, ou chacun d'eux, a fait une libéralité collective à tous les héritiers, ayant pour objet la partie de l'exploitation qui lui était propre.

Sous-section 1.

Attribution globale de l'exploitation dépendant de plusieurs successions « ab intestat ».

§ 1. — CAS ADMIS PAR LA JURISPRUDENCE.

64. — 1° De nombreuses décisions de jurisprudence ont admis l'attribution globale de l'exploitation agricole comprise à la fois

dans l'une et l'autre succession, ou dans les deux successions et la communauté, après le décès des deux ascendants.

Ainsi, le tribunal civil de Morlaix a posé le principe « que du moment que les biens ont été réunis par les époux pour former une seule exploitation, il importe peu que leurs origines soient différentes, ceux du troisième lot étant des biens de communauté, ceux du quatrième des biens de la femme », pour que l'attribution soit ordonnée (3).

La même solution est impliquée par deux arrêts de la Chambre civile (4). Dans les deux cas, la question débattue était de savoir à quel décès doivent être appréciées les conditions d'attribution d'un domaine rural dépendant des successions des père et mère. L'attribution globale avait donc été ordonnée par les juges du fond.

L'attribution globale est encore possible si l'héritier demandeur a des droits dans les deux successions, mais ne se trouve pas, dans l'une et l'autre, en face des mêmes cohéritiers (5).

Cependant, l'attribution globale ne peut saisir que des biens indivis de l'une ou de l'autre succession, au profit des héritiers qui ont des droits dans les deux masses à partager. Il est exclu qu'elle puisse comprendre les biens propres d'un héritier autre que le demandeur, ou les biens d'une succession dans laquelle ce dernier serait sans droit (6).

2° En sens contraire de ce mouvement jurisprudentiel, un tribunal a décidé que, dans le cas d'une exploitation faisant partie de la communauté conjugale, l'un des héritiers des conjoints ne peut, après le décès du survivant des parents, demander l'attribution de l'exploitation, pour le motif que, la communauté devant être liquidée avant le partage des successions, l'exploitation n'existerait plus au moment de ce partage (7).

Cette solution a été critiquée en doctrine (8). L'attribution répond aussi bien que la licitation aux exigences de la liquidation

(3) Trib. Civ. Morlaix, 28 juin 1945, Gaz. Pal. 1945.2.178 ; R.T.D.C. 1946.142.

(4) Civ., 9 janvier 1951, J.C.P. 1951.II.6159, note R.C. Civ., 28 juin 1956, J.C.P. 1958.II.10450, note Chevallier. D. 1957.J.85, note Lenoan. R.T.D.C. 1957.155.

(5) Besançon, 10 juin 1952, R.T.D.C. 1952.395.

(6) De JUCLART, L'exploitation rurale, n° 22, p. 34. SAVATIER, Les conditions d'ouverture de l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole, Rev. Ferm. 1949, p. 62.

(7) Besançon, 1^{er} décembre 1942, J.C.P. 1943.II.110.

(8) ESMEIN, L'exploitation agricole au sens de l'article 832 Code civ., C.P. 1943.I.35.

de la communauté, tout en assurant la conservation de l'exploitation dans la famille. C'est ce qui résulte de l'étude du fondement de l'attribution globale.

§ 2. — FONDEMENT DE L'ATTRIBUTION GLOBALE.

65. — L'attribution globale est une conséquence des caractères de l'exploitation, unité économique indivisible (9). Cette indivisibilité rend nécessaire l'attribution globale de l'exploitation assise sur différentes successions lorsque les héritiers en demandent le partage séparé.

A un autre point de vue, elle explique que l'héritier puisse joindre ses biens propres, et plus précisément les biens recueillis dans la succession du prédécédé, pour constituer, avec les biens de la succession du dernier mourant, une exploitation dont il peut demander l'attribution.

I. — *Caractères de l'exploitation.*

A) *Unité économique.*

66. — L'exploitation est constituée par un ensemble de biens affectés à une destination économique commune. Il importe peu, pour son unité, que les droits qui la composent soient de natures variées et que ses éléments figurent dans des patrimoines ou successions multiples.

1° Il résulte d'abord de ces principes, que l'exploitation agricole, par exemple, peut comprendre à la fois des terres dont l'exploitant est propriétaire et des terres louées par lui (10).

Toutefois, un arrêt de la Cour de Paris a refusé l'attribution d'une exploitation composée de biens de la succession et de terres louées par le demandeur en attribution au motif qu'une telle exploitation « peut n'avoir qu'une consistance et une durée incertaines puisque, même bénéficiant du statut du fermage, elle risque d'être dissociée dans tous les cas où le statut autorise la reprise par le bailleur des terres données à bail » (11). Un tel motif risque de justifier le refus d'attribution de toute exploitation compre-

(9) De JUCLART, *op. cit.*, n° 22, p. 35 (pour l'exploitation agricole).

(10) DELMAS SAINT HILAIRE, Thèse précitée, n°s 134 et suiv.

(11) Paris, 30 avril 1957, D. 1957.554.

nant des terres louées, contrairement à ce que décide la jurisprudence dominante (12).

2° D'autre part, l'exploitation peut se composer de biens compris dans des patrimoines ou successions multiples. A cet égard, les tribunaux déclarent « que l'article 832 a pour but de maintenir une unité économique déjà existante » (13) et « qu'à la lumière des intentions du législateur, l'exploitation doit constituer, lors du décès, une unité économique agricole, mais non pas nécessairement une unité juridique » (14). L'unité de l'exploitation, quelle que soit sa nature, n'est donc pas compromise par sa dispersion dans les différentes successions.

B) *Indivisibilité de l'exploitation.*

67. — De plus, il résulte de l'article 832 du Code civil que l'exploitation forme un ensemble indivisible que le juge ne doit pas dissocier, de sorte que l'exploitation unique assise sur différentes successions s'oppose à la distinction des masses exigée par le droit au partage par successions séparées.

II. — *L'attribution globale, mise en œuvre du droit au partage par successions séparées.*

68. — a) Lorsqu'un même bien indivisible appartient à plusieurs successions la nécessité de les partager séparément oblige, en principe, le juge à ordonner la licitation de ce bien (15).

S'agissant particulièrement d'une exploitation, il peut alors paraître à première vue que la licitation globale s'impose. Mais en réalité, le recours à cette procédure n'est nullement nécessaire.

En effet, l'attribution assure, au même titre que la licitation, la substitution de valeurs divisibles à un bien qui ne l'est pas. Il suffira de ventiler entre les différentes successions la soulte due par l'attributaire, au même titre que le prix payé par l'adjudicataire sur licitation. Au point de vue de la séparation des successions, l'attribution a donc la même finalité que la licitation.

(12) Lille, 7 juillet 1949, D. 1949.559, note Savatier. Trib. Civ. Saumur, 23 novembre 1944, G.P. 1945.I.46. Trib. Civ. Saumur, 3 mai 1945, G.P. 1945.2.16. *Contra* Rennes, 30 novembre 1948, D. 1949.218.

(13) Trib. Civ. Saumur, 23 novembre 1944, précité.

(14) Trib. Civ. Chateauroux, 15 juillet 1947, D. 1948.26.

(15) *Supra*, n° 27 et suiv.

b) On a parfois mis en doute cette identité de finalité des deux institutions, en présentant l'attribution globale comme une exception à la règle du partage judiciaire par successions séparées (16).

Il faut reconnaître, qu'en apparence, tout se passe comme si le juge, en ordonnant la licitation globale, confondait les deux successions pour comprendre l'exploitation dans un seul lot de la masse unique résultant de la confusion.

Mais en réalité, l'attribution globale n'est pas une exception au droit au partage par successions séparées dont elle réalise, au contraire, la mise en œuvre. Le juge ne peut confondre les successions pour les partager en nature et cette interdiction, qui résulte de l'article 826 du Code civil, a une portée absolue.

69. — c) Sur le plan purement technique, le choix entre la licitation et l'attribution, identiques par leur finalité, semble rester ouvert. Mais, le législateur lui-même en a déterminé le sens dans l'article 832 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 19 décembre 1961.

Le législateur de 1961, en effet, a distingué l'attribution préférentielle facultative et l'attribution préférentielle de droit. L'attribution est facultative, et le tribunal en décide « en fonction des intérêts en présence », en ce qui concerne les entreprises commerciale, industrielle ou artisanale et l'exploitation agricole en général. L'attribution de la petite exploitation agricole est « de droit » (17) ; il faut en conclure que le tribunal ne peut la refuser lorsque l'héritier demandeur remplit toutes les conditions légales (18).

Ces principes sont valables pour l'attribution globale comme pour l'attribution simple.

70. — D'ailleurs, l'attribution globale est indirectement prévue par l'article 832 du Code civil dans sa rédaction actuelle qui décide que l'attribution préférentielle est possible lorsque l'exploitation est constituée pour une part de biens dont l'héritier ou le conjoint était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès (voir, auparavant, la loi du 28 octobre 1955).

La Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence anté-

(16) VOIRIN, note précitée au J.C.P. 1953.II.7652.

(17) Il n'est question ici que des ensembles économiques susceptibles d'être composés de biens de différentes origines à l'exclusion des autres cas d'attribution prévus par l'article 832 Code civ.

(18) Sur les pouvoirs du juge voir CHEVALLIER, article précité.

rière (19), avait déjà posé le même principe pour l'exploitation agricole (20).

En application de l'article 832, l'héritier appelé à deux successions pourrait donc demander l'attribution de l'exploitation agricole formée de biens dépendant de la succession du conjoint prédécédé et de la succession du dernier mourant, restées indivises.

Certes, la loi ne prévoit que le cas où l'héritier est propriétaire ou copropriétaire d'une partie de l'exploitation alors que, dans la situation envisagée, l'exploitation tout entière était indivise entre l'héritier et le *de cujus*. Mais, si l'héritier est autorisé à demander l'attribution lorsqu'il est copropriétaire de certains éléments, *a fortiori* doit-il être autorisé si l'exploitation était totalement indivise entre lui et le *de cujus* (21).

Finalement, c'est dans l'article 832 du Code civil même que se trouve le fondement de l'attribution globale de l'exploitation agricole. Lorsque les conditions légales sont réunies, le juge doit l'accorder à l'héritier demandeur, car elle assure à la fois la séparation des successions et la conservation de l'exploitation dans la famille. Il reste alors à savoir si les dispositions entre vifs ou testamentaires des conjoints ne mettent pas en échec le jeu de l'attribution globale.

Sous-section 2.

Cas de donations ou legs collectifs.

71. — L'attribution globale, obligatoire dans les successions *ab intestat*, est-elle possible lorsque l'exploitation est formée d'éléments compris en tout ou en partie dans des indivisions volontaires, soit que l'un des conjoints, soit que chacun d'eux séparément ait consenti aux héritiers une libéralité collective ayant pour objet la partie de l'exploitation comprise dans son patrimoine ?

Dans la première hypothèse, l'exploitation figurera dans une indivision née de la libéralité et dans une indivision successorale.

Dans le deuxième cas, l'exploitation se trouvera dans deux indivisions volontaires distinctes.

Les intérêts présentés par l'attribution globale restent les mêmes que précédemment. Mais il faut tenir compte ici d'un éventuel

(19) Civ., 16 décembre 1952, D. 1953.127. Voir SAVATIER, Un grand péril pour l'exploitation agricole familiale, J.C.P. 1953.I.1084.

(20) Civ., 20 juin 1955, D. 1955.702, J.C.P. Ed. Not. 1955.II.8830, note Ancel.

(21) CHEVALLIER, note sous Civ., 28 juin 1956, précité.

changement de titre des indivisaires et de certaines expressions de volonté des disposants.

§ 1. — INCIDENCE DU TITRE SUR LE DROIT A L'ATTRIBUTION.

72. — Dans les différentes situations envisagées, le demandeur en attribution ne peut pas toujours se prévaloir du titre d'héritier.

1° Il peut certes le faire lorsque la libéralité où figure une partie de l'exploitation a été consentie aux héritiers antérieurement à l'ouverture de la succession du conjoint du disposant où se trouve l'autre partie. L'héritier demandera alors l'attribution dans la succession, en joignant les biens dont la libéralité l'a fait copropriétaire, conformément à l'article 832, alinéa 4, du Code civil.

2° Mais en est-il de même lorsque la libéralité est postérieure à l'ouverture de la succession ? Il semble bien alors que l'héritier ne puisse demander l'attribution dans la succession. Il lui faudrait, pour ce faire, joindre la partie de l'exploitation comprise dans la libéralité à la partie comprise dans la succession mais l'article 832 du Code civil décide que le demandeur doit être propriétaire ou copropriétaire des biens complémentaires, dès avant l'ouverture de la succession, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Si on prend le texte à la lettre, l'héritier devra donc demander l'attribution dans l'indivision volontaire, avec le titre de donataire ou de légataire, en complétant l'exploitation par les biens recueillis *ab intestat*.

3° De toute façon, il est certain que, si l'exploitation se trouve comprise dans deux libéralités collectives des époux, le demandeur ne peut plus se prévaloir du titre d'héritier *ab intestat*.

Le titre de légataire ou de donataire suffit-il pour obtenir l'attribution ?

I. — Titre de légataire.

A) Conditions d'un changement de titre.

73. — Le legs universel fait au profit d'héritiers présomptifs ne modifie pas toujours leur titre héréditaire.

Tout d'abord, si les héritiers sont réservataires, ils conservent leur titre à tout événement, dans la mesure de leur réserve, car le droit de réserve est d'ordre public.

En dehors du cas de la réserve, on admet généralement que le legs universel consenti aux héritiers présomptifs ne suffit pas à

leur conférer le titre de légataires, et laisse subsister leur titre d'héritiers (22). L'intervention du titre héréditaire ne pourrait résulter que de l'intention formellement exprimée du disposant. L'héritier perdrait-il alors son droit à l'attribution préférentielle ?

B) *Incidence du changement de titre.*

Il est certain que les droits de l'héritier ne sont pas affectés par le changement de son titre si les dispositions relatives à l'attribution préférentielle sont d'ordre public, comme étant destinées à faire prévaloir un certain ordre économique et social (23). Mais cette opinion n'est pas unanime. On a soutenu avec autant de vraisemblance, que l'article 832 du Code civil ne tendait qu'à la protection d'intérêts familiaux, et ne limitait en rien la volonté du testateur (24).

Le changement de titre n'aura pas non plus d'incidence sur les droits de l'héritier, si le titre de légataire ouvre le droit à l'attribution préférentielle. Mais le droit à l'attribution du légataire reste controversé (25).

Cependant, de toute façon, s'agissant d'une institution à laquelle on reconnaît un caractère familial accentué, il semble que la qualité de parent appelé à la succession soit déterminante dans la personne du demandeur. Cette qualité n'est pas affectée par un changement de titre successoral et le droit à l'attribution de l'héritier présomptif devrait subsister en tout état de cause.

L'attribution préférentielle reste donc possible lorsque les éléments de l'exploitation agricole sont dispersés dans une indivision testamentaire et dans une indivision *ab intestat*, ou dans deux indivisions testamentaires entre les héritiers.

II. — *Titre de donataire.*

74. — Le demandeur en attribution se présente en donataire lorsque l'exploitation est comprise dans la succession du prémourant et dans une donation collective faite postérieurement par le survi-

(22) LAMBERT, De l'exhérédation et des legs aux héritiers présomptifs, pp. 480 et suiv., 602 et suiv.

(23) CARBONNIER, D. 1945.171, note sous Besançon, 19 avril 1951, D. 1951.705. BECQUÉ, J.C.P. 1946.II.3129.

(24) De JUCLART, J.C.P. 1944.II.2197. SAVATIER, R.T.D.C. 1944.49 - 1948.88. PONSARD, D. 1947.363.

(25) Pour le droit à l'attribution. V. entre autres, Angers, 31 mai 1950, D. 1951.243, *contra* Rennes, 21 mars 1956, D. 1956.345.

vant, ou dans deux donations collectives faites par les époux séparément.

A) Le titre de donataire en jurisprudence.

Une Cour d'appel, dans la situation voisine de donation conjointe par les époux de l'exploitation agricole à trois enfants, a décidé que l'attribution était impossible car « ce n'est pas de la qualité d'héritier que peut se prévaloir (le demandeur), mais de la qualité de donataire » (26).

Ainsi, le titre de donataire n'ouvrirait pas le droit à l'attribution, et par suite l'attribution globale ne serait pas possible lorsque l'exploitation est comprise dans deux indivisions résultant de libéralités collectives.

B) Critique de la jurisprudence.

Mais la décision précitée de la Cour de Besançon est critiquable.

En effet, à supposer exact que le demandeur en attribution ne soit pas héritier de l'exploitation lorsqu'il l'a reçue par donation, cette circonstance ne devrait pas faire obstacle à l'attribution, car la Cour de cassation a décidé que la copropriété invoquée à l'appui de la demande, pouvait avoir sa source en dehors de toute vocation successorale et qu'il suffisait que le demandeur réunisse, au moment du décès, la qualité de copropriétaire et celle d'héritier (27).

Au surplus, on a fait justement remarquer que « dans les donations adressées à des successibles, derrière le titre de donataire, le titre d'héritier demeure, ineffaçable » (28). Le successible pourrait légitimement invoquer sa qualité d'héritier de l'exploitation et son droit à l'attribution serait alors incontestable.

Un héritier peut donc demander l'attribution globale d'une exploitation comprise pour partie dans la libéralité collective d'un époux et pour partie dans la succession de l'autre époux, ou dans deux libéralités collectives consenties par l'un et l'autre époux.

Dans certains cas cependant, les disposants, tout en maintenant un caractère collectif à la libéralité, ont donné certaines indications relatives à son partage entre les gratifiés.

(26) Besançon, 19 avril 1951, précité.

(27) Civ., 20 novembre 1950, J.C.P. 1951.II.6158, CAVARROC, D. 1951.95.

(28) CARBONNIER, note sous Besançon, 19 avril 1951, précité.

§ 2. — INCIDENCE DES INDICATIONS DE PARTS
SUR LE DROIT A L'ATTRIBUTION.

75. — Lorsqu'un ascendant, ou chacun d'eux, a désigné dans sa libéralité d'héritier à qui doit revenir la partie de l'exploitation qui lui appartenait, cette indication doit-elle prévaloir sur les dispositions de la loi ? Doctrine et jurisprudence se sont attachées à résoudre la question au cas d'attribution simple. Ces principes doivent être transposés à l'attribution globale.

A) *Principes.*

La jurisprudence décide que le disposant peut attribuer l'exploitation à un héritier autre que celui qui réunit les conditions de l'article 832 du Code civil. L'indication d'un attributaire de l'exploitation, contenue dans une libéralité collective, est donc pleinement efficace (29).

Mais il semble bien que les décisions jurisprudentielles n'admettent pas que l'ascendant procède au morcellement de l'exploitation en intervenant dans le partage d'une disposition collective faite en faveur des héritiers. L'interdiction de diviser l'exploitation s'impose donc à l'ascendant comme au juge (30).

B) *Cas d'attribution globale.*

Il faut distinguer le cas où un seul ascendant a inséré des indications de part dans sa libéralité portant une partie de l'exploitation, et le cas où les deux ascendants ont exprimé leur volonté à cet égard dans leur libéralité respective.

a) Conformément aux principes dégagés par la jurisprudence, un ascendant peut désigner le bénéficiaire de l'attribution de la partie d'exploitation comprise dans sa libéralité. Dans ce cas, le reste de l'exploitation, compris dans la succession *ab intestat* ou dans une libéralité de l'autre conjoint, devrait être attribuée à l'héritier qui a reçu la première partie, faute de quoi l'exploitation se trouvera divisée (31).

(29) Req. 28 juin 1947, J.C.P. 1947.II.3908.

(30) Trib. Civ. Charolles, 9 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2197, note De Juglart. Dijon, 29 janvier 1946, J.C.P. 1946.II.3129, note Becqué. Civ. 1^{re}, 8 juillet 1958, D. 1958.653. *Contra* DELMAS SAINT HILAIRE, Thèse précitée, n^{os} 215 et suiv., p. 139 et suiv.

(31) *Contra* Amiens, 21 juillet 1949, R.T.D.C. 1950.78 et les observations de M. Savatier.

b) Si les deux dispositions collectives faites par les époux respectivement sur la partie de l'exploitation comprise dans leur patrimoine se contredisent en attribuant les éléments de l'exploitation à des héritiers différents, l'attribution globale devrait avoir lieu conformément à l'article 832 du Code civil ou, à défaut, le juge choisira entre les deux héritiers désignés celui qui est le plus apte à recueillir le bien familial (32). Car les deux parties de l'exploitation ne devraient pas pouvoir subir des sorts différents. Si chacun des époux ne peut diviser l'exploitation par des actes de distribution, la division ne peut pas plus résulter des distributions qu'ils ont faites l'un et l'autre.

L'attribution globale est donc possible dans les successions *ab intestat* et dans les libéralités collectives consenties par les époux aux héritiers. Dans ce dernier cas, elle présente deux particularités :

D'une part, le bénéficiaire de l'attribution globale peut être désigné par la volonté du ou des ascendants.

D'autre part, l'attribution globale a parfois lieu dès le premier décès. Lorsqu'une succession est ouverte, l'héritier peut demander l'attribution de l'exploitation composée de biens successoraux et de biens dont il est copropriétaire en vertu de la donation de l'autre époux (art. 832, al. 4), réserve faite du cas où la libéralité est postérieure à l'ouverture de la succession (33).

Au contraire, dans les successions *ab intestat*, l'attribution globale ne peut être ordonnée qu'après le décès des deux ascendants, mais alors cette dualité de décès fait surgir des difficultés pour apprécier les conditions de l'attribution.

Section 2.

Conditions de l'attribution globale.

76. — L'article 832 du Code civil détermine à quelles conditions les exploitations sont susceptibles d'attribution préférentielle. Certaines de ces conditions doivent être réalisées au décès de l'exploitant ; en cas d'attribution d'une exploitation dépendant de successions multiples, il est donc inévitable que surgisse un conflit entre les décès des différents propriétaires de l'exploitation.

(32) Solution admise en cas de concurrence d'héritiers pour l'attribution légale, Civ., 7 juin 1950, D. 1950.413, note Lenoan.

(33) Voir *supra*, n° 72.

Après avoir délimité le domaine de ce conflit, nous essaierons de le résoudre par le choix de l'un ou l'autre décès.

Sous-section 1.

Domaine du conflit de décès.

77. — Le conflit entre les deux décès ne s'élève pas dans tous les cas où a lieu l'attribution globale, car les conditions d'attribution ne s'apprécient pas toujours au moment du décès de l'exploitant. Il faut donc, pour délimiter le domaine du conflit, préciser :

1) qu'il ne se pose pas pour les conditions exigées au moment du partage, puisque, même en cas d'attribution globale, il n'y a qu'un seul partage ;

2) qu'il ne se pose donc que pour les conditions exigées au décès de l'exploitant et encore, sous réserve qu'elles ne soient pas réunies au moment de l'un et l'autre décès des ascendants.

On est alors amené à rechercher quelles sont les conditions appréciées au décès et à déterminer si, en droit transitoire, la loi applicable est celle du décès ou celle du partage.

§ 1. — DÉTERMINATION DE LA DATE D'APPRÉCIATION DES CONDITIONS D'ATTRIBUTION.

78. — On distingue généralement les conditions relatives à l'exploitation et les conditions relatives au demandeur en attribution.

I. — Conditions relatives à l'exploitation.

Sur ce point, la loi du 19 décembre 1961 a apporté d'importantes modifications. Auparavant, seule la petite exploitation agricole était susceptible d'être attribuée. Actuellement, l'attribution de l'exploitation agricole est possible quelle que soit son importance. Quant aux entreprises commerciales, industrielles ou artisanales, l'attribution peut être accordée dès lors que leurs dimensions n'excluent pas « un caractère familial ».

Cependant, la petite exploitation agricole reste soumise à un régime distinct : son attribution est « de droit » et l'attributaire peut exiger des délais de paiement. Ce régime est applicable lors-

que l'exploitation est inférieure, en superficie ou en valeur, à des maximum fixés par arrêtés. A titre transitoire, les arrêtés pris en application de la loi du 15 janvier 1943 restent en vigueur.

L'importance de l'exploitation doit donc être déterminée tant pour connaître le régime de l'attribution que pour fixer le montant de la soulte.

A. — *Exploitation susceptible d'attribution préférentielle*
« de droit ».

79. — a) La jurisprudence décide constamment que l'évaluation de l'exploitation, aux fins de comparaison avec le maximum fixé par arrêté ministériel, doit être faite au décès de l'exploitant. C'est également à ce moment qu'on doit se placer pour connaître l'état de l'exploitation (34).

b) La doctrine approuve, en général, cette solution. Elle se justifie, en effet, par des considérations pratiques et trouve son fondement théorique dans une application extensive de l'effet déclaratif.

1. — *Raisons d'ordre pratique.*

Ainsi que l'écrit un auteur, « on comprend que la jurisprudence, dans son besoin de bases de solution nettes et précises, ait songé à se rattacher au seul point vraiment fixe qu'on puisse envisager, l'ouverture de la succession » (35). Il serait fâcheux que l'attribution soit conditionnée dans son existence par « un événement purement contingent comme la durée de l'indivision » (36).

L'article 832 du Code civil a, en effet, prévu l'attribution comme l'issue normale du maintien de l'indivision organisé par l'article 815 du Code civil, l'ensemble de ces mesures tendant à éviter le morcellement de l'exploitation. Mais les intentions du législateur à cet égard risquent d'être déjouées si on évalue l'exploitation au partage, car si cette dernière a augmenté de valeur entre le décès et le partage, l'attribution en sera refusée au coïndivisaire demandeur (37).

(34) Civ., 12 novembre 1945, J.C.P. 1946.II.2937, note Voirin ; D. 1946.221, note P.L.P. Civ. 1^{re}, 28 juin 1956, D. 1957.85, note Lenoan.

(35) ROUBIER, L'application dans le temps du décret-loi du 17 juin 1938 modifiant le régime des libéralités et du partage, J.C.P. 1943.I.323.

(36) ROUBIER, *op. loc.*

(37) De JUGLART, note sous Lyon, 1^{er} juin 1942, J.C.P. 1945.II.2197.

Enfin, le défunt lui-même a pu compter sur l'attribution. Il est bon qu'il puisse prévoir quel en sera le bénéficiaire, mais ses prévisions risqueraient d'être bouleversées par une évaluation au moment du partage (38).

La solution dégagée par la Cour de cassation est donc la plus satisfaisante (39).

2. — *Justification théorique.*

80. — I) Il n'est pas nécessaire pour justifier en théorie la solution jurisprudentielle d'analyser l'attribution comme une modification de la vocation héréditaire et d'admettre qu'elle constitue un véritable droit de succession fondé sur le travail.

L'attribution est une simple modalité du partage et l'exploitation reste dans la masse indivise jusqu'au jour du partage, de telle sorte que l'attributaire doit compte des fruits à l'hérédité (40).

II) En appréciant les conditions d'attribution au décès de l'ascendant, on fait seulement abstraction sous ce rapport de la période d'indivision et cette démarche intellectuelle trouve normalement sa justification théorique dans une application étendue de l'effet déclaratif. En l'occurrence, on l'a vu, cette extension répond à d'incontestables intérêts pratiques (41).

Cette solution fait toutefois surgir un conflit de décès en cas d'attribution globale. Il n'en est pas de même de l'évaluation de la soulte due par l'attributaire.

B. — *Calcul de la soulte.*

81. — La jurisprudence est fixée en ce sens que l'évaluation des biens pour assurer la composition égalitaire des lots, doit être faite au moment du partage, c'est-à-dire pratiquement au moment le plus rapproché possible du partage. On fonde principalement

(38) Note P.L.P. précitée.

(39) Avant la loi du 19 décembre 1961, on faisait encore remarquer que la loi elle-même exigeait que les conditions d'habitation et de participation à l'exploitation soient remplies au décès. L'évaluation au décès était donc dans la logique des directives légales (P.L.P. note au D. 1945.J.129).

(40) Agen, 11 juillet 1950, D. 1951.12, note Savatier.

(41) Un auteur écrit toutefois que ces considérations ne sont plus aussi convaincantes depuis la loi du 19 décembre 1961 qui a organisé l'attribution préférentielle essentiellement comme une modalité de partage. La jurisprudence pourrait donc s'orienter vers une évaluation des exploitations sinon au jour du partage, du moins au jour de la demande d'attribution préférentielle, et cela, bien que les travaux préparatoires de la loi se réfèrent expressément à l'évaluation au décès (Patarin, article précité, R.G.N. 1962.28184).

cette solution sur l'article 890 du Code civil d'après lequel la lésion s'apprécie suivant la valeur des biens à l'époque du partage (42).

C'est au même moment que doit être évaluée l'exploitation pour le calcul de la soulte mise à la charge de l'attributaire. En décider autrement serait porter atteinte au principe que l'égalité entre copartageants doit exister au moment du partage.

La Cour de cassation a ainsi reconnu « que si une estimation de l'exploitation dont l'attribution est demandée par un des héritiers doit être faite au jour de l'ouverture de la succession pour apprécier si les conditions relatives à la valeur limite légale se trouvent remplies, une deuxième estimation doit être faite à la date du partage ou, pratiquement, à la date la plus proche possible de la jouissance divise » (43).

Cette estimation ne soulève donc aucune difficulté lorsqu'il y a lieu à attribution globale, puisque le partage des deux indivisions se fait simultanément.

II. — *Conditions relatives au demandeur.*

82. — Dans tous les cas d'attributions prévues par la loi du 19 décembre 1961, le demandeur doit remplir certaines conditions. Il doit être copropriétaire du bien dont l'attribution est demandée et avoir participé à l'usage ou à la mise en valeur de ce bien. A quel moment ces conditions doivent-elles s'apprécier : au décès ou au partage ? En ce qui concerne la copropriété, la loi indique qu'il suffit qu'elle soit réalisée au moment de l'ouverture de l'indivision.

Quant à la condition de participer à l'exploitation, elle devait, avant 1961 et aux termes même de la loi, être remplie au décès de l'ascendant. Dès lors, au cas de successions multiples et malgré les atténuations admises par la jurisprudence, un conflit de décès était inévitable.

La loi du 19 décembre 1961 n'indique plus à quelle époque doit se situer la participation à l'exploitation. Le juge décidera donc en toute liberté si cette condition est remplie. Par là même se trouve aboli le conflit de décès qui surgissait dans la législation antérieure.

(42) Civ., 11 janvier 1937, J.C.P. 1937.II.280, note Battifol ; S. 1938.I.377.

(43) Civ 1^{re}, 9 février 1954, J.C.P. Ed. Not. 1954.8366. Solution constante depuis Civ., 23 avril 1945, D. 1945.158, note P.L.P.

§ 2. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE.

83. — Les différentes modifications législatives apportées au décret-loi du 17 juin 1938 avaient été la source de conflits de lois dans le temps. Lorsque le décès de l'ascendant et le partage de la succession se situaient sous des régimes juridiques différents, la question se posait de savoir si les modalités de l'attribution préférentielle seraient régies par la loi du décès ou par la loi du partage.

La Cour de cassation s'était prononcée pour la loi du décès (44). Cette solution faisait surgir un conflit de décès au cas de successions multiples.

Actuellement, l'article 13 de la loi du 19 décembre 1961 dispose que « sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires passées en force de chose jugée, les dispositions de la présente loi sont applicables aux successions ouvertes et non encore liquidées à la date de son entrée en vigueur, ainsi qu'aux communautés dissoutes et non encore liquidées à la même date ». Les conflits de décès sont donc pratiquement supprimés.

Finalement, la législation actuelle ne laisse guère subsister qu'une seule possibilité de conflit de décès au cas d'attribution préférentielle globale, en ce qui concerne l'évaluation de l'exploitation. Pour savoir si elle doit être faite au décès du prémourant ou au décès du survivant, il importe de se référer à la solution dégagée par la jurisprudence antérieure à 1961.

*Sous-section 2.***Solution du conflit de décès.**

84. — En présence de ce conflit de décès, plusieurs systèmes de solution ont été proposés en jurisprudence.

§ 1. — SYSTÈME DU CUMUL DES CONDITIONS.

Ce système est exposé dans les motifs d'un jugement du Tribunal civil du Havre (45).

(44) Civ., 12 février 1945, D. 1945.J.129, note P.L.P. ; J.C.P. 1945.II.2791, note Roubier.

(45) Trib. Civ. Le Havre, 13 mai 1948, R.G.N. 1949.26682.

Le Tribunal pose le principe que l'article 832 n'a « prévu aucune modalité particulière dans cette hypothèse d'une pluralité de successions et (que) les conditions exigées devaient par conséquent être satisfaites non pas seulement en se plaçant à l'époque du dernier décès, mais bien respectivement au moment de l'ouverture de chacune des successions considérées ».

Le jugement invoque le caractère dérogatoire au droit commun du partage de la faculté d'attribution préférentielle « dont l'exercice a pour résultat de transformer le droit réel des héritiers en un simple droit de créance contre l'attributaire, affecté de tous les risques qu'un tel droit présente ».

D'ailleurs, ajoute le Tribunal, si les conditions d'attribution ne sont pas réalisées au premier décès, les héritiers ont « de ce fait même acquis à cette date leur droit essentiel à provoquer le partage et à recevoir une part en nature des biens ou une fraction du prix de licitation ».

Ces motifs ne sont guère convaincants. La suspicion du Tribunal à l'égard de l'attribution n'est pas justifiée, puisque cette dernière permet de maintenir l'exploitation dans la famille, tout en évitant de la diviser.

En tout cas, le législateur la préfère, à juste titre, à la licitation (art. 827 C. civ.) et c'est pourquoi les héritiers ne sauraient acquérir, au premier décès, des droits de nature à mettre en échec l'attribution globale de l'exploitation, si elle devient possible au deuxième décès.

La solution du Tribunal civil du Havre présente d'ailleurs l'inconvénient d'entraîner l'élimination des héritiers trop jeunes lors du premier décès pour participer à la culture de l'exploitation (46). Il est vrai qu'en l'espèce, le rejet de la demande s'imposait de toute façon car le demandeur était sans droit dans l'une des deux successions.

§ 2. — SYSTÈME DE LA LOI MEILLEURE.

85. — C'est le système adopté par la Cour de Lyon dans un arrêt du 26 juillet 1943 (47). Il s'agissait de déterminer la loi applicable au partage des successions des époux respectivement décédés en 1934 et 1941. L'un des héritiers réclamait l'attribution préférentielle de l'exploitation comprise dans les deux successions. Son

(46) De JUGLART, *op. cit.*, n° 159, pp. 216-217.

(47) Cité par ROUBIER, note au J.C.P. 1945.II.2791, précitée.

cohéritier objectait que la succession ouverte en 1934 ne pouvait être régie par l'article 832 nouveau du Code civil.

La Cour de Lyon reconnaît la nécessité de confondre les deux successions pour parvenir à l'attribution globale et déclare qu'il est impossible de soumettre les mêmes biens indivis « à deux régimes de partage en contrariété ». Elle en arrive alors à cette solution « que devant la nécessité d'adopter un seul régime, il faut opter pour le meilleur qui doit être réputé, celui de la loi actuellement en vigueur ».

Une telle solution est évidemment totalement arbitraire et ne saurait être retenue.

§ 3. — SOLUTIONS DE LA COUR DE CASSATION.

I. — *Les arrêts.*

86. — A) Deux arrêts de la Cour de cassation se sont formellement prononcés pour l'appréciation des conditions d'attribution au deuxième décès.

a) *Arrêt de la Chambre civile du 12 novembre 1945 (48).*

Deux époux avaient gratifié un de leurs enfants du quart précipitaire de tous leurs biens. Après leurs décès, survenus respectivement en 1933 pour la mère et en 1941 pour le père, un des cohéritiers demande l'attribution de l'exploitation agricole, conformément à l'article 832 du Code civil. A son tour, le bénéficiaire de la libéralité prétend exercer ses droits sur l'exploitation, entrant ainsi en conflit avec le demandeur en attribution.

A vrai dire, le conflit n'existe que si on admet que la loi applicable au partage des successions confondues est celle du deuxième décès. Au contraire, il n'y a pas de conflit entre les deux héritiers, et la prétention de l'héritier gratifié doit être admise, si le partage est soumis au régime en vigueur au premier décès, c'est-à-dire en 1933, époque où la faculté d'attribution n'était pas prévue.

La Cour de Pau (5 mars 1943) reconnaît alors au gratifié le droit de prélever l'exploitation. La Cour de cassation casse l'arrêt en ce qu'il a décidé que l'attribution préférentielle était mise en échec par une libéralité à titre universel n'ouvrant pas à son béné-

(48) Précité.

ficiaire le droit de prélever des biens en nature dans la succession. La Cour admet donc que le partage des successions confondues est régi par la loi en vigueur au deuxième décès, l'attribution étant possible alors même qu'un seul des parents est décédé sous l'empire du décret-loi du 17 juin 1938.

b) *Arrêt de la Chambre civile du 9 janvier 1951 (49).*

Au cours d'une instance en liquidation et partage des successions de ses père et mère, décédés respectivement en 1931 et 1941, un des héritiers demande l'attribution de l'exploitation agricole dépendant des deux successions. Un jugement interlocutoire non frappé d'appel décide alors que l'attribution aura lieu « au cas où la valeur de l'expertise n'excéderait pas 400.000 F ».

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué, confirmant le jugement sur le fond, « d'avoir estimé les biens suivant leur valeur à la date d'ouverture de (la) dernière succession en violation de la chose jugée par un premier jugement interlocutoire rendu dans la même instance en partage ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif « que l'arrêt attaqué, s'il dénie comme l'ont fait les premiers juges eux-mêmes dans leur décision du fond, l'autorité de la chose jugée au jugement interlocutoire précité, déclare qu'au surplus « le débat sur ce point ne présente qu'un intérêt purement théorique » et « qu'il précise que, se placerait-on au moment de l'expertise, l'attribution accordée par le tribunal devrait être maintenue par suite des rectifications nécessaires à apporter au chiffre des experts et qui ont pour résultat de le faire descendre au-dessous de 400.000 F ». Dans cette affaire, c'est encore la loi du deuxième décès qui a été appliquée et l'évaluation de l'exploitation a eu lieu à cette même date.

B) *Arrêt du 28 janvier 1956.*

Un arrêt récent semble toutefois revenir sur cette jurisprudence.

La Chambre civile a, en effet, décidé, à l'occasion du partage d'une communauté et des deux successions, que c'est à la date du premier décès « que devaient être fixées les conditions exigées tant dans la personne du demandeur, que dans la consistance et la valeur du domaine » au motif que « l'ouverture de la succession du prémourant, modifiant la constitution de la famille paysanne et ses prérogatives, avait fait naître à ce moment le droit à l'attri-

(49) Précité.

bution préférentielle, telle que celle-ci est envisagée par la loi pour le rétablissement de son unité » (50).

Il faudrait alors se placer au premier décès tant pour apprécier les conditions d'attribution que pour déterminer la loi applicable. Il n'est toutefois pas certain que la Cour ait voulu revenir sur sa jurisprudence antérieure, car il ne ressort pas nettement de l'exposé des faits de la cause que l'exploitation dépendait des deux successions. Or, il est évident que si l'exploitation était tout entière comprise dans la succession du prémourant, la solution adoptée par la Cour s'imposait et était conforme à sa jurisprudence antérieure (51).

II. — *Appréciation des solutions de la Cour de cassation.*

87. — Les solutions de la Cour de cassation doivent être approuvées ainsi qu'il résulte d'une analyse attentive des différentes situations susceptibles de se présenter.

a) Dans certains cas, aucune attribution n'était possible au premier décès en faveur des héritiers, car l'exploitation était composée pour partie de biens successoraux, pour partie de biens propres au conjoint survivant. Seul, ce dernier avait droit à l'attribution en joignant ses biens propres.

Après son décès, les héritiers peuvent demander l'attribution globale de l'exploitation comprise dans les deux successions. Mais il ne saurait être question de se placer au premier décès pour apprécier les conditions d'attribution puisque, à cette époque, ils étaient sans droit : leur droit à attribution est né au deuxième décès. On pourrait soutenir qu'ils ont recueilli le droit à attribution du conjoint survivant. Mais, d'une part, la jurisprudence décide généralement que ce droit a un caractère personnel et intransmissible. D'autre part, cette transmission à tous les héritiers serait parfaitement inutile pour déterminer celui d'entre eux qui aura droit à l'attribution. Dans ce cas, on ne peut donc se placer qu'au deuxième décès.

b) Parfois, deux attributions sont possibles, mais ont des objets différents. Les biens du prédécédé forment à eux seuls une exploitation susceptible d'être attribuée à l'ouverture de la première succession. Au deuxième décès, les biens du survivant viennent

(50) Civ. 1^{re}, 28 juin 1956, précité.

(51) Note Chevallier sous l'arrêt J.C.P. 1958.10.450.

renforcer l'exploitation, sans porter sa valeur au-delà du maximum légal.

Deux attributions sont donc successivement possibles. Mais, après le deuxième décès, en raison de l'indivisibilité de l'exploitation, il semble bien que les héritiers ne puissent plus se prévaloir de la première attribution. L'attribution globale prime l'attribution simple. Là encore on ne peut que se placer au deuxième décès, puisque le droit à attribution globale n'existait pas avant.

c) La loi du 19 décembre 1961 (52), permettant à l'héritier de joindre aux biens successoraux, les biens dont il est propriétaire ou copropriétaire, apporte-t-elle des modifications aux situations envisagées ? On pourrait soutenir que l'héritier peut joindre les biens recueillis dans la succession du conjoint survivant pour réclamer l'attribution de l'exploitation dans la succession du prémourant.

Il serait alors inexact de prétendre que son droit à l'attribution n'existait pas dans la première succession.

Mais la loi précise que l'héritier peut seulement compléter l'exploitation indivise avec des biens dont il avait la propriété ou la copropriété avant l'ouverture de la succession. Or, par définition, il a recueilli les biens du survivant après l'ouverture de la succession du prémourant.

Il est donc bien exact de dire que le droit à attribution globale n'est né qu'au deuxième décès et que les conditions d'attribution doivent être appréciées à cette époque.

d) Dans un cas seulement, deux attributions de la même exploitation ont été successivement possibles. C'est le cas où l'exploitation est entièrement formée de biens de communauté. Il faudrait alors se placer à l'un ou l'autre décès selon l'intérêt du demandeur qui peut se prévaloir des deux droits à l'attribution.

Au cas de conflit entre deux demandeurs, il appartiendra au juge de trancher, compte tenu des circonstances et de la personnalité des héritiers.



88. — La confusion successorale par le juge prend donc la forme de licitations ou d'attributions globales, portant sur des éléments dépendant de plusieurs successions.

(52) Précédée par la loi du 28 octobre 1955.

Ces opérations, justifiées par d'indivisibilité des biens, ne heurtent pas le droit aux biens en nature des héritiers, puisqu'elles permettent précisément le partage par successions séparées.

Au contraire, la confusion successorale par les héritiers ou les ascendants, suppose écarter le droit aux biens en nature des héritiers.

DEUXIEME PARTIE

LA CONFUSION SUCCESSORALE VOLONTAIRE

I. — *Notion de confusion successorale volontaire.*

89. — a) Les héritiers appelés ensemble à plusieurs successions peuvent convenir de les réunir et de les partager comme une seule masse indivise, au lieu d'en faire les partages séparés.

De même, le partage d'ascendant, qu'il soit l'œuvre des deux ascendants, ou seulement d'un seul, distribue fréquemment les biens de deux ascendants sans distinction d'origine.

Dans ces différents cas, deux ou plusieurs successions sont réunies en une seule pour les besoins du partage et on dit alors qu'il y a partage de successions confondues.

Les ascendants ou les héritiers confondent les successions pour le partage en nature. On sait, au contraire, que la confusion judiciaire ne peut avoir lieu que dans la licitation ou l'attribution globale. C'est que le droit au partage par successions séparées s'impose au juge d'une façon absolue, alors que les héritiers peuvent souvent y renoncer et les ascendants l'éluder.

b) D'autre part, la confusion judiciaire est subordonnée à l'indivisibilité des biens constatée souverainement par les juges du fond. Au contraire, la confusion par les héritiers et les ascendants est purement volontaire en ce sens qu'elle n'est pas conditionnée par

un certain état des biens. Certes, il arrive souvent que les héritiers ou les ascendants prennent la décision de confondre les successions en raison de relations de fait qui existent entre elles. Mais, d'une part, lorsque ces relations de fait existent, ils ne sont jamais obligés de confondre ; d'autre part, ils pourraient toujours décider de le faire en l'absence de toute relation de fait entre les successions. Leur liberté est donc entière à cet égard.

II. — *Avantages de la confusion volontaire.*

90. — La confusion des successions opérée par les héritiers ou les ascendants présente des avantages qui en rendent la pratique fréquente.

a) La confusion successorale permet souvent d'éviter des inégalités entre les héritiers, ou même des licitations que les partages séparés auraient rendu inéluctables en raison de la composition interne de chaque succession ou des relations d'indivisibilité existant entre elles.

1. Les héritiers peuvent s'assigner pour but une répartition égalitaire entre eux. Si l'une des successions ne contient pas autant d'immeubles que de parties prenantes, la vente des immeubles successoraux, ou leur licitation en justice si la discorde éclate, permettra seule de réaliser l'égalité entre les héritiers. Mais alors, si la confusion des successions est opérée, la deuxième succession fournira éventuellement suffisamment d'immeubles pour que l'égalité en nature soit réalisée et la licitation évitée (1).

De même, bien que l'ascendant ne soit pas tenu à une composition égalitaire des lots lorsque l'indivisibilité des biens la rend impossible (2), la répartition simultanée des deux successions par le ou les ascendants augmentera les chances de parvenir à l'égalité en nature qui peut être conforme à leur intention.

2. — Par ailleurs, si des biens indivisibles appartiennent à plusieurs successions, leur licitation est une conséquence certaine du partage par successions séparées. La confusion des succes-

(1) L'observation que le partage en nature égalitaire est d'autant plus aisé que la masse à partager est plus importante a conduit la pratique et la jurisprudence, en accord, semble-t-il, avec l'article 832 du Code civil, à intégrer dans l'indivision, pour la formation des lots, les créances et dettes héréditaires, divisées à d'autres égards dès le décès entre les héritiers aux termes de l'article 1220.

(2) Req. 24 décembre 1873, S. 1874.I.487.

sions les intègre dans une masse unique et permet d'envisager leur répartition en nature.

C'est qu'il est logique et conforme à la nature des choses que les enfants reçoivent groupées les successions des père et mère. Dans le cadre de la famille, la dévolution individuelle, brisant deux patrimoines souvent devenus indistincts, paraît singulièrement insuffisante. Le partage des successions confondues corrige les effets de cette dévolution en respectant les groupements de biens réalisés par les parents.

Au surplus, l'opération est économique dans la mesure même où elle évite des licitations ou des soultes, sources de frais considérables.

b) La solidité du partage s'en trouve d'ailleurs accrue au point de vue de lésion et, dans le partage d'ascendant, de la réduction. En effet, les erreurs d'évaluation auront plus de chances de se compenser sur une masse indivise plus grande (3).

c) Enfin, il résulte une simplification considérable du fait que les successions n'ont pas à être distinguées. Le partage séparé des deux successions exigerait en effet l'établissement des deux masses à partager, qui ne peut résulter que d'une liquidation des patrimoines paternel et maternel et éventuellement de la communauté ayant existé entre eux.

Ces opérations sont généralement éludées dans le partage des successions confondues. Cependant, dans certains cas, elles restent utiles et même nécessaires et la simplification ainsi recherchée ne peut pas se produire.

III. — *Plan.*

91. — Qu'il s'agisse du partage des successions confondues par les héritiers ou par les ascendants, le principe reste identique : deux successions sont réunies totalement ou partiellement pour leur répartition en nature entre les héritiers. On peut donc idéalement décomposer l'opération en deux phases successives : dans

(3) SAVATIER, Caractères, avantages et difficultés pratiques du partage conjonctif d'ascendants réalisé par donations, R.G.N. 1929.21903.

la première, les deux masses successorales sont groupées en une seule ; puis dans la deuxième phase, la masse indivise unique résultant de la fusion des deux masses successorales est répartie entre les héritiers.

Titre I. — FORMATION DE LA MASSE GLOBALE.

Titre II. — RÉPARTITION DE LA MASSE GLOBALE.

Titre premier

Formation de la masse globale

92. — D'une façon générale, la réunion des successions en une seule masse à partager suppose écarté le droit des héritiers au partage par successions séparées.

S'agissant des successions *ab intestat*, la confusion successorale ne concerne que les relations des héritiers entre eux et le problème de sa validité ressortit au seul droit du partage. Elle est réalisable dès lors que les héritiers peuvent disposer librement de leur droit aux biens en nature.

En matière de partage d'ascendant, c'est le ou les ascendants qui disposent du droit en nature des héritiers en confondant les successions. Le droit en nature risque d'offrir d'autant plus de résistance que la réserve garantit aux héritiers une part en nature de la succession à l'encontre de la volonté de l'ascendant.

De plus, le partage s'insère dans une donation ou un testament et, de ce fait, la confusion se situe non plus seulement dans le droit répartitif, mais aussi dans le droit translatif où peuvent surgir de nombreux obstacles à sa validité.

Partages *ab intestat* et partages d'ascendant semblent donc inégalement propices à la confusion des successions et feront l'objet d'études distinctes.

Sous-titre I. — PARTAGES « AB INTESTAT ».

Sous-titre II. — PARTAGES D'ASCENDANT.

Sous-titre premier

Partages « *ab intestat* »

93. — La confusion par les héritiers des successions *ab intestat* auxquelles ils sont appelés pour leur partage en nature implique la réunion de plusieurs conditions : la présence de deux successions est évidemment indispensable ; il faut d'autre part que les successibles soient appelés aux deux successions et qu'ils renoncent à leur droit aux biens en nature.

I. — PRÉSENCE DE DEUX SUCCESSIONS.

94. — On sait qu'il est fréquent que les successions de deux ascendants soient à partager simultanément entre les mêmes héritiers. Mais la confusion n'est parfois réalisable que si, en plus, elles sont ouvertes dans un même ressort judiciaire.

Si les héritiers s'entendent non seulement pour confondre les successions, mais aussi pour répartir amiablement la masse indivise globale, la dispersion des lieux d'ouverture des successions dans des ressorts judiciaires différents ne soulève pas de difficulté.

Il n'en est pas de même si les héritiers sont d'accord pour confondre les successions, mais si la discorde éclate entre eux à l'occasion de la répartition de la masse globale ; la justice sera alors saisie. Mais, les successions étant ouvertes dans des ressorts différents, le juge ne doit-il pas se dessaisir du partage de la succession ouverte dans un autre ressort que le sien ?

Avant la réforme du Code de procédure civile par le décret du 22 décembre 1958, applicable aux instances introduites postérieurement au 2 mars 1959, la réponse n'était pas douteuse.

Aux termes de l'article 822 du Code civil, l'incompétence d'un tribunal autre que celui de l'ouverture de la succession était absolue et, malgré les avantages de la confusion successorale, le tribunal incompétemment saisi devait se dessaisir d'office (1).

L'article 171 nouveau du Code de procédure civile, résultant du décret du 22 décembre 1958, dispose maintenant que l'incompétence territoriale ne peut jamais être prononcée d'office, sauf lorsque les parties ne peuvent transiger sur leurs droits. L'application de ce texte à la situation envisagée fait surgir une difficulté.

En effet, d'une part, par hypothèse, les héritiers ont valablement convenu de confondre les successions et sont maîtres de leurs droits. Mais d'un autre côté, l'article 822 du Code civil subsiste dans son ancienne rédaction, déclarant absolue l'incompétence *ratione loci* du tribunal saisi.

Il semble cependant que les textes anciens doivent s'interpréter à la lumière des dispositions nouvelles et que, conformément à l'article 171 nouveau du Code de procédure, le juge n'ait pas à se dessaisir d'office et puisse connaître du partage des deux successions confondues. Cette solution va d'ailleurs dans le sens des intérêts des héritiers, mieux assurés généralement par un partage global que par des partages séparés.

II. — DROITS DES HÉRITIERS DANS LES DEUX SUCCESSIONS.

95. — a) Les successibles doivent être appelés aux deux successions qu'ils se proposent de confondre et avoir des droits dans les deux masses à partager.

Peu importe à cet égard le titre avec lequel ils se présentent : héritiers, légataires, ou même institués contractuels. Il suffit qu'ils aient une vocation à titre universel dans l'une et l'autre succession, c'est-à-dire qu'ils soient appelés au partage. Peu importe aussi le montant de leur quote-part dans chaque succession car chaque indivisaire a vocation à la totalité de chacun des biens quelle que soit sa quote-part.

La confusion des successions est généralement convenue entre héritiers appelés à la pleine propriété des biens. Mais encore que

(1) De THIBONVILLE, article précité. Toutefois, le même tribunal pourrait statuer sur des demandes en partages connexes ou indivisibles, même si toutes les successions ne se sont pas ouvertes dans son ressort.

l'hypothèse puisse paraître théorique, rien n'empêcherait plusieurs usufruitiers ayant des droits dans l'une et l'autre succession de les réunir quant à l'usufruit.

b) Lorsque l'un des héritiers n'a pas des droits dans les deux successions, leur confusion n'est pas pour autant impossible. L'héritier appelé à une seule succession sera d'abord rempli de sa part en biens de cette succession. La confusion des deux successions pourra alors être convenue entre les héritiers appelés à l'une et l'autre.

Si, enfin, le partage des successions confondues a été réalisé entre tous les héritiers et que l'héritier appelé à une seule succession ait reçu des biens de l'autre, ses cohéritiers pourront exercer contre lui la pétition d'hérédité, suivie d'un partage complémentaire des biens rentrés dans l'indivision. Le défendeur ne pourrait opposer l'exception de garantie puisqu'il n'était pas dans l'indivision avec les demandeurs quant aux biens revendiqués. L'héritier évincé devrait recevoir en représentation de ses droits des effets de la succession à laquelle il était appelé. La rectification peut donc être importante, mais il n'est pas indispensable de refaire le partage dans son entier.

III. — RENONCIATION AU DROIT EN NATURE.

96. — La troisième condition nécessaire à la réalisation de la confusion est la renonciation par les héritiers à leur droit aux biens en nature.

a) Cette renonciation est parfois expressément formulée par chaque héritier. Mais le plus souvent, elle se déduit des modalités de la répartition réalisée. Les attributions sont faites sans égard à l'origine paternelle et maternelle des biens dans des actes d'une grande complexité où s'entremêlent cessions de droits successifs et stipulations de retours de lots. Toute ventilation des droits des héritiers dans l'une et l'autre succession devient alors impossible et on doit présumer que les successions ont été partiellement ou totalement confondues (2).

La jurisprudence reconnaît fréquemment à de tels accords le caractère d'un pacte de famille (3). Cette expression n'implique

(2) VIALLETON, note sous Civ., 28 octobre 1929, S. 1931.I.257.

(3) VIALLETON, note précitée. Civ., 3 mai 1852, D. 1852.I.143.

aucune modification des règles de droit commun (4). Elle manifeste seulement la volonté des tribunaux de se montrer plus rigoureux pour prononcer la nullité ou la rescision d'un acte qui prévient ou termine des conflits d'ordre familial.

b) La renonciation des héritiers à leur droit aux biens en nature intervient généralement en dehors de toute procédure judiciaire. Cependant, les héritiers s'entendent parfois pour confondre les successions au cours du partage judiciaire. Leur accord, constaté par le juge, est alors un véritable contrat judiciaire (5).

c) Mais la renonciation au droit aux biens en nature n'est possible que si les héritiers sont majeurs et capables. A défaut, le partage revêt nécessairement la forme judiciaire, procédure souvent longue et onéreuse et qui exclut, en tout cas, la confusion des successions. Aussi la pratique a-t-elle imaginé certains expédients permettant d'éviter le partage judiciaire dans les cas où la loi l'impose. La confusion des successions peut donc résulter soit d'une entente amiable conforme à la loi (section I), soit de l'utilisation d'un expédient pratique tendant à éluder la loi (section II).

Section 1.

Validité de la renonciation au droit aux biens en nature.

97. — Les conditions de cette validité et les sanctions de leur inobservation sont plus généralement celles du partage amiable.

Sous-section 1.

Conditions de validité.

La confusion des successions ne peut être valablement convenue qu'entre tous les héritiers capables et présents.

I. — CAPACITÉ.

Le partage judiciaire est obligatoire lorsque certains héritiers sont mineurs, émancipés ou non, ou s'il y a des interdits (art. 838

(4) Voir cependant Req. 15 novembre 1827 et Metz, 1^{er} avril 1824, D. Jur. Gén. V^o Dispositions entre vifs et testaments n^o 1315.

(5) Req. 12 janvier 1836, Dalloz, Jur. Gén. V^o Successions n^o 1717.

C. civ.). En vertu de l'article 36 de la loi du 30 juin 1838, les aliénés internés doivent être assimilés aux interdits. La doctrine enseigne généralement que l'article 838 est une disposition exceptionnelle qui ne s'applique pas aux incapables qui n'y sont pas mentionnés, prodigues et aliénés non internés (6).

II. — PRÉSENCE DES HÉRITIERS.

Le partage judiciaire s'impose encore, et la confusion est donc exclue, si certains héritiers sont présumés ou déclarés absents. Mais la présence effective des héritiers n'est pas exigée : il suffit qu'ils soient représentés par un mandataire spécial ayant un pouvoir de procéder au partage en leur nom.

III. — CONSENTEMENT.

a) Enfin, le consentement de tous les héritiers est nécessaire et l'opposition d'un seul peut faire obstacle à la confusion des successions.

98. — b) Le consentement est donné selon les règles générales de validité prévues par la loi. En particulier, il doit être libre et éclairé. Mais il arrive que les héritiers appelés aux deux successions partagent comme biens dépendant de la succession maternelle des biens qui appartiennent en réalité à la succession paternelle. La confusion est alors le résultat d'une erreur sur l'origine des biens. Cette erreur doit-elle entraîner l'annulation du partage ?

1. - On exclut généralement la nullité du partage pour erreur lorsque les héritiers ont à leur disposition des moyens moins graves que l'annulation pour rectifier l'acte (7).

Cependant, dans la situation envisagée, les cohéritiers de l'attributaire des biens paternels ne peuvent l'actionner en pétition d'hérédité puisqu'il est héritier de ces biens et que, d'autre part, il a droit à la garantie.

Quant à l'attributaire lui-même, sa réclamation ne pourrait être fondée sur une lésion puisqu'il a reçu, par hypothèse, des lots égaux à ceux de ses cohéritiers. De plus, l'indivision ayant défi-

(6) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 508, p. 706 ; BEUDANT, t. 5 bis, n° 658, p. 311 ; *contra* AUBRY et RAU, t. X, § 623, texte et nota 3.

(7) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 686, p. 931.

nitivement cessé quant aux biens de la succession paternelle compris par erreur dans la succession maternelle, la demande de l'attributaire tendant à ce qu'ils soient l'objet d'un nouveau partage devrait également être repoussée (8).

Seule une erreur relative à l'origine des biens pourrait donc être invoquée à l'appui de la nullité.

2. - Il est vrai que la loi n'a pas mentionné l'erreur parmi les vices du consentement entraînant la nullité du partage. L'article 887 du Code civil dispose en effet que « les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol ».

La jurisprudence n'a toutefois pas déduit des termes de l'article 887 du Code civil une exclusion absolue de l'erreur en matière de partage et de nombreuses décisions ont admis la nullité du partage au cas d'erreur substantielle, sans distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit (9). Dans le cadre de cette jurisprudence, la Cour de cassation avait décidé que l'erreur sur l'origine des biens, les effets dépendant de la succession paternelle ayant été partagés comme dépendant de la succession maternelle, n'était pas suffisante pour faire annuler le partage (10).

Depuis 1943, la Cour de cassation a précisé les règles applicables à l'erreur dans le partage. L'erreur constitue une cause de nullité du partage lorsqu'elle « détruit l'équilibre et le fondement du partage envisagé et constitue l'erreur sur la cause de l'article 1131 du Code civil (11) ». La doctrine, interprétant les termes de cet arrêt, estime que l'erreur sur la cause « est celle qui porte sur l'existence même de la contrepartie des droits de chaque copartageant », soit que les biens propres d'un copartageant aient été compris dans la masse à partager, soit que les quote-parts aient été inexactement déterminées (12).

L'erreur sur l'origine des biens ne présente pas, au regard de ces principes, les caractères d'une erreur sur la cause. La solution de l'arrêt de 1852 doit donc être maintenue. Les cohéritiers ne peuvent invoquer l'erreur sur l'origine des biens à l'appui d'une demande en nullité de partage de successions confondues.

(8) Civ., 5 juillet 1875, D. 1876.1.38.

(9) Civ., 17 novembre 1930, D. 1932.I.161, note Laurent ; note Fréjaville sous Alger, 20 avril 1948, D. 1948.J.476.

(10) Civ., 3 mai 1852, précité.

(11) Civ., 5 juillet 1949, D. 1950.393, note Fréjaville ; v. aussi Civ., 26 octobre 1943, D. 1946.301, note Boulanger ; Michel CABRILLAC, L'erreur dans les partages, R.T.D.C. 1955, p. 39 et suiv.

(12) Note Fréjaville, D. 1950.393, précitée.

Ce n'est donc que lorsqu'ils sont présents et capables que les héritiers peuvent, d'un commun accord, confondre plusieurs successions indivises entre eux pour les partager en nature.

Sous-section 2.

Sanctions de l'inobservation des conditions.

99. — Si le partage amiable a été fait au mépris des exigences légales, les articles 466 *in fine* et 840 du Code civil disposent qu'il ne vaut que comme partage provisionnel. Le partage provisionnel est « une répartition temporaire entre les ayants-droit de la possession et de la jouissance des biens héréditaires » (13). L'indivision cesse quant à la jouissance des biens et les héritiers attributaires se comportent apparemment comme des propriétaires. Mais la propriété est en réalité restée indivise et ne peut être divisée que par un partage définitif. La confusion des successions subsiste donc à titre provisionnel.

La portée de la sanction édictée par les articles 466 et 840 a soulevé des controverses.

a) Le partage vicié est-il provisionnel à l'égard de tous les cohéritiers ou à l'égard de l'incapable seulement ? Les deux opinions ont été soutenues.

Pour certains, le partage serait seulement provisionnel à l'égard des incapables. Il en résulte qu'ils peuvent seuls demander le partage définitif, leurs cohéritiers majeurs ne pouvant agir. On se trouve normalement en présence d'un acte mixte, frappé d'inefficacité à l'égard de certains contractants seuls, comme dans tous les cas de nullité relative.

Dans une autre opinion, le partage est provisionnel à l'égard de tous les héritiers et chacun d'eux, majeur ou mineur, peut demander le partage définitif.

b) Il faut reconnaître que l'idée d'un partage produisant des effets relatifs est difficilement concevable. Comme l'écrit un auteur, « il y a quelque chose d'insaisissable et de factice dans cette notion d'une indivision qui cesse et subsiste tout à la fois, de biens qui sont simultanément l'objet d'une propriété exclusive et d'une propriété par indivis » (14). Le caractère absolu du partage provisionnel s'accorde mieux avec la réalité de l'indivision.

(13) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 504, p. 703.

(14) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 509, p. 708.

D'autre part, si on admet que le partage n'est provisionnel qu'à l'égard des incapables, l'inefficacité de l'acte n'étant que relative, on est conduit à soumettre l'action qui leur permettra de demander le partage définitif au régime des actions en nullité relative. Dès lors, les incapables seront seuls à pouvoir l'intenter et ils tiendront pendant dix ans leurs cohéritiers dans une grave incertitude. L'inconvénient d'une telle situation a conduit certains auteurs à accorder une action provocatoire aux héritiers majeurs (15). Mais notre droit répugne à de telles actions.

Si au contraire le partage est provisionnel à l'égard de tous les cohéritiers, on reconnaîtra que l'action des héritiers pour sortir définitivement de l'indivision est une action en partage ordinaire. Une telle action pourra être intentée par tous les cohéritiers capables ou incapables, sans que les uns se trouvent à la discrétion des autres.

L'opinion qui admet le caractère absolu du partage provisionnel est donc préférable.

On voit que la confusion des successions n'est possible qu'à titre provisionnel lorsque certains héritiers sont absents ou incapables. Ces restrictions légales s'avèrent extrêmement gênantes, et la pratique a imaginé des expédients permettant de réaliser un partage définitif même lorsque les conditions n'en sont pas réunies.

Section 2.

La confusion successorale par les procédés de la pratique.

100. — Les cohéritiers peuvent réaliser la confusion des successions malgré la présence de mineurs en utilisant la promesse de porte-fort ou la transaction.

I. — PORTE-FORT.

a) Certains cohéritiers majeurs se portent garants que l'incapable ratifiera le partage lorsque son incapacité aura cessé. Un seul d'entre eux peut d'ailleurs promettre d'obtenir cette ratification. La promesse est parfois, en outre, souscrite par un tiers ne venant pas lui-même au partage (16). Si c'est le tuteur du

(15) AUBRY et RAU, t. X, § 623, texte et note 19.

(16) SAVATIER, La clause de porte-fort, R.G.N. 1928.21605.

mineur qui s'est ainsi engagé, il s'abstiendra d'intenter l'action en nullité et en laissera le soin à son pupille devenu majeur. Même alors, il aura intérêt à faire pression sur lui pour qu'il ratifie le partage, car le défaut de ratification l'obligerait à payer les dommages-intérêts.

Ce procédé est particulièrement efficace si le tuteur est le père ou la mère du mineur. Ce dernier n'attaquera presque jamais le partage à sa majorité puisqu'il risque de retrouver en moins dans la succession du père ou de la mère ce qu'il pourrait obtenir en plus du nouveau partage (17).

b) Le mineur devenu majeur peut ratifier le partage. Dès lors, le promettant est délié de tout engagement et ne doit rien à ses cohéritiers. Mais si le mineur attaque le partage, seul subsistera un partage provisionnel. La masse héréditaire sera reconstituée en l'état où elle était à l'ouverture de la succession et les cohéritiers subiront un préjudice du fait des restitutions de biens. Les porte-forts devront alors les indemniser intégralement.

Si le mineur hérite de la promesse de porte-fort de son père ou de sa mère, il n'est pas tenu de ratifier le partage, mais, en cas de non-ratification, il devra payer les dommages-intérêts (18).

La promesse de porte-fort a l'avantage de garantir les héritiers contre le préjudice qu'ils peuvent subir du fait de la nullité du partage. Elle contribue à la stabilité de l'acte en incitant le promettant à faire pression sur l'incapable devenu capable pour qu'il ratifie les opérations effectuées. Mais il n'en reste pas moins que l'attitude qu'adoptera le mineur demeure imprévisible et qu'une grave incertitude pèse sur les attributions. Pour parvenir à un acte définitif, on a utilisé la transaction.

II. — TRANSACTION.

101. — Le tuteur peut transiger au nom du mineur en observant les formalités rigoureuses prévues par l'article 467 du Code civil. La pratique utilise depuis longtemps ce procédé pour répartir définitivement les biens indivis entre les héritiers, lorsque certains sont mineurs.

(17) LELOUTRE, Quelques observations sur le partage pur et simple ou transactionnel en présence de mineurs, R.T.D.C. 1909, p. 75.

(18) CAILLARD, Le partage judiciaire et les mineurs, Thèse, Toulouse, 1926, p. 100, note 54.

a) Validité de l'opération.

La validité de l'opération a été souvent contestée par la doctrine. Elle constitue, écrit un auteur, « une fraude à la loi et repose sur un artifice de technique juridique » (19). Il est certain que le Code civil a fait une distinction entre le partage et la transaction qu'on ne peut ignorer. L'utilisation de la transaction à la place du partage constitue, en quelque sorte, un détournement de technique.

Cependant, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces objections. Elle exige seulement que la contestation qui donne lieu à transaction soit sérieuse et non simulée (20). Mais, au cours du partage, les difficultés qui peuvent s'élever sont nombreuses et l'exigence de la jurisprudence n'entrave guère la pratique de la transaction-partage (21).

b) Appréciation du procédé.

La faveur jurisprudentielle à l'égard de la transaction-partage doit être approuvée.

La transaction, tout en étant moins longue et onéreuse que le partage judiciaire, est entourée de formalités suffisantes pour garantir la sauvegarde des intérêts des mineurs. La substitution d'une technique à une autre est admise couramment lorsque les résultats obtenus sont équivalents. La transaction-partage n'est qu'une application de l'idée d'équivalence juridique des résultats (22).

Ainsi, l'incapacité des héritiers n'est pas un obstacle insurmontable à la confusion successorale.

Il serait cependant souhaitable qu'un assouplissement des règles du partage judiciaire permette de la réaliser dans son cadre même, sans que les parties aient à recourir à des expédients, puisque aussi bien elle est généralement conforme aux intérêts des héritiers.

(19) RIPERT et BOULANGER, t. V, n° 510, p. 710.

(20) Civ., 5 décembre 1887, D. 1888.1.247, note Poncet, S. 1888.1.485, note Meynial.

(21) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. V bis, n° 661, p. 317.

(22) Sur cette idée voir PATARIN, Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Thèse, Paris, 1951.

Sous-titre 2

Partages d'ascendant

102. — Le partage d'ascendant est l'acte par lequel un ascendant réalise le partage de ses biens entre ses descendants.

On a souvent décrit les avantages du partage d'ascendant. Il évite les discordes nées de l'indivision puis du partage des biens familiaux. Par donation, il décharge l'ascendant de la gestion de son patrimoine, devenue peut-être trop lourde pour lui.

Mais le partage d'ascendant individuel et portant sur les seuls biens dont l'ascendant a la libre disposition s'est révélé insuffisant. D'une part, en effet, les patrimoines des époux ont pu se confondre pendant la vie du ménage de telle sorte qu'il serait préjudiciable aux enfants de les distinguer pour les répartir séparément. D'autre part, aucun des deux époux n'a la libre disposition de la communauté qui ne peut être distribuée entre les enfants. L'intérêt d'une distribution globale des biens familiaux, sans distinction d'origine, est donc certain.

La confusion dans les partages d'ascendant ne diffère pas, dans son principe, de la confusion dans les partages *ab intestat* et suppose réunies les mêmes conditions.

I. — PRÉSENCE DE DEUX SUCCESSIONS.

103. — La confusion suppose d'abord que le partage d'ascendant réalise la distribution de deux successions (23). Toutefois, les père

(23) Le caractère successoral de la distribution n'est pas douteux. S'agissant du testament-partage les enfants recueillent les biens à titre d'héritiers. Quant à la donation-partage, si elle leur confère le titre de donataire, ce n'est que provisoirement, et au décès de l'ascendant les enfants acquièrent le titre d'héritiers sur les biens distribués.

et mère partageant simultanément leurs successions ne les confondent pas toujours en une seule et même répartition. Encore faut-il que les lots soient composés de biens paternels et maternels sans distinction d'origine.

a) Lorsque les lots ne présentent pas ce caractère, la confusion des successions n'est pas réalisée et les règles qui la régissent sont inapplicables.

Certes, l'indivisibilité entre les deux répartitions peut être prévue expressément par les ascendants, ou encore, les juges, par interprétation, peuvent la déduire de certaines clauses de l'acte, entre autres de ce que les charges stipulées des descendants conditionnent à la fois la disposition du père et celle de la mère (24).

La nullité d'une répartition entraînera alors celle de l'autre.

Mais les autres règles relatives à la confusion doivent être écartées, en particulier le report des actions spéciales au décès du survivant qui n'a lieu, aux termes de l'article 1080, qu'au cas de confusion effective des successions.

b) Si les lots sont composés sans distinction d'origine, il faut présumer que les père et mère ont voulu confondre leurs successions. Il en est spécialement ainsi lorsque l'acte répartit les biens communs puisque l'origine paternelle ou maternelle de ces biens n'est pas discernable (25).

Cette condition de composition hétérogène des lots est d'ailleurs suffisante et il n'est pas nécessaire que les successions soient en fait confondues (26).

Enfin, à ces caractéristiques objectives de l'acte, doit venir s'ajouter l'intention des ascendants de réunir leurs successions en une masse unique, faute de quoi la répartition globale serait sans cause et nulle pour le tout (27).

La confusion résulte donc de l'intention du ou des ascendants, concrétisée dans la composition hétérogène des lots, de répartir leurs successions sans distinction d'origine.

(24) Civ., 18 juin 1867, D. 1867.1.275.

(25) BILLEY, Le partage d'ascendant conjonctif, Thèse, Besançon, 1928, n° 57, p. 53.

(26) TOUZAUD, Rev. prat. de dr. fr., 1876, p. 102 ; LAURENT, n° 130 ; *contra* Agen, 17 novembre 1856, D. 1856.2.297.

(27) Montpellier, 27 février 1893, D. 1894.2.303 ; ORTLIEB, note sous Civ., 26 décembre 1876, S. 1877.1.153.

II. — DROITS DES HÉRITIERS DANS LES DEUX SUCCESSIONS. ENFANTS D'UN PREMIER LIT.

104. — En règle, la confusion n'est possible que si les enfants compris dans la répartition globale sont appelés à la fois à la succession du père et à la succession de la mère, sans qu'il soit nécessaire que chacun ait des droits égaux dans l'une et l'autre.

L'opération ne présente pas de difficulté à cet égard si les époux n'ont que des enfants communs. Mais le partage des successions confondues n'est généralement pas réalisable sans restriction s'il existe des enfants d'un premier lit.

A. — *Confusion entre tous les enfants.*

Elle n'est pas réalisable d'abord entre tous les enfants, y compris ceux du premier lit, car ces derniers, dépourvus de droit dans la succession du conjoint de leur auteur, ne peuvent prendre part en qualité de copartagés à la répartition globale (28).

Ce principe, absolu pour les propres des époux, est susceptible d'atténuations en ce qui concerne les biens communs (29). Ces biens, en effet, sont appelés à être indivis entre les enfants de la mère, si cette dernière ou ses représentants acceptent la communauté. On peut donc concevoir que les époux en réalisent le partage entre tous les enfants, même unilatéraux. Mais encore une distinction est-elle nécessaire.

1. Avant l'ouverture de l'option de la femme, le partage des biens communs entre tous les enfants n'est pas valable.

On en a donné comme raison qu'un tel acte préjugerait l'acceptation de la femme commune (30). En réalité, son droit d'option reste entier. Si la femme renonce, la disposition sera caduque, ses enfants d'un premier lit perdant rétroactivement tous leurs droits sur la communauté (31).

Le fondement de la nullité de l'acte se trouve dans l'irrévocabilité des donations. La disposition est, en effet, subordonnée à la condition de l'acceptation de la femme. Mais cette condition

(28) Nancy, 11 juin 1887, D. 1888.2.183. Lyon, 29 janvier 1948, S. 1948.2.93, note Azard. AUBRY et RAU, t. XI, § 731, p. 591, texte et note 3. PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 1925, *contra* Genty. Traité des partages d'ascendants, p. 153.

(29) DEMOLOMBE, t. 23, n° 85.

(30) BAUDRY LACANTINERIE, t. II, n° 3598.

(31) BILLEY, *op. cit.*, n° 184, p. 160.

dépend uniquement de sa volonté et la disposition présente ainsi un caractère potestatif contraire à la règle « donner et retenir ne vaut » (32).

2. La répartition des biens communs est possible lorsque l'option de la femme est ouverte, que la communauté soit dissoute par décès de l'un des époux ou de leur vivant, à condition qu'elle n'ait pas été liquidée et partagée (33).

Ainsi le mari survivant peut partager la communauté entre tous les enfants, même unilatéraux de la femme, et ces derniers acceptent la communauté en participant à la donation-partage ou en acceptant le testament-partage.

La même faculté doit être reconnue à la femme survivante ; en procédant à un tel acte, elle accepte la communauté par immixtion.

Si, enfin, la communauté est dissoute par divorce ou séparation de corps, la répartition entre tous les enfants sera l'œuvre des deux époux. Là encore, en participant à l'acte, la femme accepte tacitement la communauté.

B. — *Confusion entre les seuls enfants communs.*

105. — Le partage des successions confondues serait-il réalisable entre les seuls enfants communs, à l'exclusion des enfants du premier lit ?

1. Avant 1938, la réponse était certainement négative, car les enfants d'un premier lit devaient être obligatoirement compris dans le partage d'ascendant de leur auteur.

2. Depuis la loi du 7 février 1938, la nullité du partage pour omission d'enfant n'a lieu que « s'il n'existe pas au moment de l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour constituer la part des héritiers qui n'y ont pas reçu leur lot » (art. 1077 C. civ.). La jurisprudence admet d'ailleurs que les cohéritiers de l'enfant omis qui ne trouve pas de biens suffisants dans la succession peuvent arrêter son action en nullité par une compensation en valeur (34). Il semble donc que l'enfant d'un premier lit, omis dans le partage des successions confondues réalisé seulement au profit des enfants communs, devrait se contenter d'une soulte ou de biens restants dans la succession de son auteur. En effet, on estime généralement que l'enfant omis recueille

(32) BILLEY, *op. cit.*, n° 185, p. 160.

(33) BILLEY, *op. cit.*, n° 191, p. 165.

(34) Civ., 18 décembre 1950, J.C.P. 1951.II.6056, note Savatier.

les biens restants ou la soulte non au titre du partage d'ascendant, mais en qualité d'héritier *ab intestat* réservataire (35). Il est donc certain que les biens ainsi reçus par lui au décès ne font pas partie de l'indivision unique, dans laquelle l'enfant d'un premier lit ne peut rien prendre.

Finalement, la présence d'enfants du premier lit ne fait pas obstacle au partage des successions confondues entre tous les enfants sur les biens de la communauté dissoute et non partagée, ou entre les seuls enfants communs sur toutes catégories de biens par application de l'article 1077 du Code civil.

III. — VARIANTES DU PARTAGE DES SUCCESSIONS CONFONDUES PAR LES ASCENDANTS.

106. — Le partage des successions confondues emprunte sa technique au partage d'ascendant ordinaire et peut théoriquement revêtir des formes diverses :

A. — *Par un seul ascendant.*

Il peut d'abord être l'œuvre d'un seul ascendant, soit par donation-partage, soit par testament-partage. L'acte portera alors sur des biens de différentes origines, appartenant soit aux patrimoines des deux époux, soit à la communauté existant entre eux.

B. — *Par les deux ascendants.*

Il peut également être l'œuvre des deux ascendants, soit par donation-partage, soit par testament-partage (36). La confusion sera réalisée si l'acte distribue des biens de différentes origines appartenant aux patrimoines des deux époux ou à leur communauté. Mais il y aura aussi confusion si la distribution ne comprend que les propres d'un seul ascendant, car les biens seront répartis pour le compte des deux époux.

La terminologie employée pour désigner ces différents actes est mal fixée.

Nous appellerons partage d'ascendant conjonctif l'acte fait par les deux époux, car le terme « conjonctif » évoque l'idée d'une

(35) SAVATIER, Les libertés de l'ascendant en matière de donations-partage et les limites techniques de la notion de partage d'ascendant, R.G.N. 1952.27036.

(36) En réalité, cette variante du partage des successions confondues est presque purement théorique, les testaments conjonctifs étant frappés de nullité. Sur cette question, voir *infra*, n^{os} 146 et suiv.

collaboration. Ainsi le testament conjonctif est l'œuvre des deux époux.

Nous appellerons partage d'ascendant cumulatif l'acte fait par un seul époux, l'expression « cumulatif » évoquant plutôt l'idée de biens de différentes origines.

IV. — VALIDITÉ DE LA CONFUSION SUCCESSORALE PAR LES ASCENDANTS.

107. — Les différentes variantes du partage des successions confondues par les ascendants sont loin d'être d'une validité incontestable.

La technique du partage d'ascendant, donation ou testament, s'accorde mal avec les caractéristiques de la confusion soit qu'un seul ascendant comprenne des biens qui appartiennent à son conjoint ou dépendent de la communauté, soit que les deux époux collaborent dans le même acte.

D'autre part, en tant qu'indivisaires, et même, semble-t-il, en tant que réservataires, les copartagés ont droit aux biens en nature et par conséquent au partage par successions séparées qui s'oppose en principe à la confusion.

L'article 1080, alinéa 2, du Code civil, résultant de la loi du 7 février 1938, a donné à la confusion successorale des ascendants une consécration légale et semble avoir reconnu sa validité de principe. Mais bien des questions restent en suspens. La disposition de la loi ne vise, en effet, que l'acte fait ensemble par les deux ascendants et omet le partage cumulatif. Même en ce qui concerne le partage conjonctif, comment concilier la validité reconnue par la loi avec les principes relatifs à la technique de l'acte et au droit aux biens en nature des héritiers ?

Ces différents problèmes seront examinés dans deux chapitres :

CHAPITRE I. — *Validité de la confusion volontaire des successions au regard de la technique du partage d'ascendant.*

CHAPITRE II. — *Validité de la confusion volontaire des successions au regard du droit des héritiers à recueillir les biens en nature.*

CHAPITRE PREMIER

VALIDITE DE LA CONFUSION VOLONTAIRE DES SUCCESSIONS AU REGARD DE LA TECHNIQUE DU PARTAGE D'ASCENDANT : DONATION OU TESTAMENT

108. — Il y a partage de successions confondues lorsque l'acte distribue des biens d'appartenances différentes sans distinction d'origine, ou encore lorsque les deux époux s'associent pour partager les biens d'un seul d'entre eux.

Ces différentes modalités de l'acte soulèvent au point de vue de sa validité deux questions distinctes.

D'une part, il faut se demander si l'auteur de l'acte peut y inclure des biens dont il n'a pas la libre disposition, que ce soit d'ailleurs des biens de communauté ou des biens de l'autre époux.

D'autre part, s'agissant d'un partage d'ascendant réalisé par les deux époux, il convient de savoir si la collaboration entre les époux qu'il implique est possible.

Ces questions seront étudiées successivement pour le testament-partage et pour la donation-partage.

Section 1.

Testament-partage.

109. — Le partage testamentaire des successions confondues peut être réalisé par testament-partage cumulatif, œuvre d'un seul époux, ou par testament-partage conjonctif, œuvre des deux époux.

Le testament-partage cumulatif pose essentiellement le problème de l'efficacité du partage de la chose d'autrui et de son incidence sur la validité du partage d'ascendant. Un des ascendants peut-il valablement répartir entre les enfants les biens de son conjoint et de la communauté ?

La validité du testament-partage conjonctif paraît très douteuse à première vue. Le testament conjonctif est, en effet, prohibé par l'article 968 du Code civil sans distinguer entre le cas où il transmet et le cas où il répartit.

Sous-section 1.

Testament-partage cumulatif.

110. — Le testament-partage cumulatif est donc l'œuvre d'un seul ascendant sur des biens de différentes origines. Ces biens peuvent être les propres de conjoints ou encore des biens de communauté.

Du point de vue de la validité de l'acte, une nouvelle distinction doit être faite entre le cas où il est réalisé par le survivant des époux sur la succession de son conjoint, ou sur la communauté dissoute, et le cas où il est réalisé par le prémourant, sur la communauté également dissoute ou sur le patrimoine propre du conjoint survivant.

§ 1. — TESTAMENT-PARTAGE CUMULATIF DU CONJOINT SURVIVANT.

111. — Qu'il porte sur la succession du prédécédé, ou sur la communauté dissoute, en même temps que les propres du testateur, le partage testamentaire cumulatif s'analyse en un double partage, partage d'ascendant combiné avec un partage ordinaire.

Le partage d'ascendant porte sur les biens propres du testateur. Le partage ordinaire a pour objet la succession du prédécédé ou les biens communs.

La validité du partage d'ascendant est subordonnée à l'efficacité du partage ordinaire. A cet égard, il faut observer que le testateur est sans droit de propriété sur la succession de son conjoint prédécédé, du moins si ce dernier ne l'a fait bénéficier d'aucune disposition universelle à cause de mort, ce que nous supposerons. Sur les biens communs, au contraire, chaque époux

a des droits indivis, sauf, pour la femme ou ses représentants, la faculté de renoncer à la communauté. Cette différence de droit sur les propres et la communauté ne peut manquer d'avoir une incidence sur la validité du testament-partage cumulatif.

I. — *Testament-partage du conjoint survivant comprenant les biens de la succession du conjoint prédécédé.*

112. — En partageant la succession du conjoint prédécédé, le testateur fait un acte sur la chose des héritiers, frappé d'inefficacité. Cette inefficacité entraîne la nullité de l'acte entier. Mais il s'agit d'une nullité d'ordre privé, de sorte que l'utilisation de techniques propres à imposer aux héritiers l'exécution du testament-partage reste possible.

A. — *Nullité de l'acte.*

113. — a) *Inefficacité du partage de la succession du conjoint prédécédé.*

1) *Inefficacité du legs de la chose d'autrui.*

Le pouvoir de partager ses biens entre les descendants, reconnu par la loi au profit de l'ascendant, trouve un fondement normal dans le droit de propriété de ce dernier, dont il constitue l'ultime prolongement. Ce fondement en marque en même temps les limites : l'ascendant ne peut partager testamentairement les biens de la succession de son conjoint prédécédé sur lesquels il est sans droit de propriété. On rejoint ici le principe général selon lequel les actes sur la chose d'autrui sont frappés d'inefficacité et inopposables au véritable propriétaire (1). En ce qui concerne particulièrement les dispositions testamentaires, la confirmation de ce principe peut être trouvée dans l'article 1021 du Code civil qui déclare nul le legs de la chose d'autrui et qui, en raison de l'analogie des situations, peut être étendu au testament-partage.

2) *Inefficacité du legs de la chose de l'héritier.*

Toutefois, on a souvent prétendu que le legs de la chose de l'héritier ne devait pas être assimilé au legs de la chose d'autrui et était efficace à l'égard du propriétaire. S'il en était ainsi, la solution devrait être transposée au partage de la chose de l'héritier.

(1) GUIHO, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, R.T.D.C. 1954, p. 1.

Mais, les arguments avancés à l'appui de cette opinion n'ont pas convaincu la jurisprudence et la majorité de la doctrine.

I. — En faveur de la validité du legs de la chose de l'héritier, on peut d'abord invoquer que la distinction entre le legs de la chose d'autrui et le legs de la chose de l'héritier est traditionnelle.

En Droit Romain, le legs de la chose de l'héritier était toujours valable et obligatoire pour ce dernier, alors que le legs de la chose d'autrui était privé d'effet si le testateur ignorait n'en être pas propriétaire. Mais l'efficacité du legs de la chose de l'héritier était liée à l'organisation particulière de la dévolution héréditaire et spécialement à l'institution d'héritier, à qui un tel legs s'imposait en tant que charge.

L'efficacité du legs de la chose de l'héritier fut également admise dans l'Ancien Droit, alors que le legs de la chose d'autrui n'est valable que sous les mêmes réserves qu'en Droit Romain.

Mais, en la matière, la tradition est dépourvue de toute autorité. Les rédacteurs du Code civil ont voulu rompre avec les subtilités d'interprétation qu'entraînaient les anciennes distinctions et leur volonté, à cet égard, est clairement manifestée par les termes formels de l'article 1021 du Code civil.

II. — Un autre argument a été avancé en jurisprudence à l'appui de l'efficacité du legs de la chose de l'héritier.

Pour la Cour de Bastia, dans un arrêt ancien, le testateur pourrait disposer de la chose de l'héritier « parce que, par l'effet de l'institution et de l'acceptation, il y a confusion des personnes et des biens de l'un et de l'autre » (2). Il s'agissait, en l'espèce, du legs de la chose du légataire universel mais le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'héritier.

Pour M. Savatier, ce raisonnement constitue un sophisme. « L'héritier acceptant la succession n'accepte pas, par cela seul, le testament et il reste entièrement libre de critiquer, dans celui-ci, les dispositions qui lui font grief » (3). Cette observation ne semble toutefois pas suffire à réfuter l'argument de la Cour de Bastia, lorsque le testament contient, non plus un legs de la chose de l'héritier, mais un partage cumulatif. Dans ce cas, l'acceptation du testament ne se distingue pas de l'acceptation de la succession *ab intestat* dont il réalise le partage.

(2) Bastia, 3 février 1836, S. 1836.2.248. Dans le même sens WAHL, note sous Civ., 6 mai 1913, S. 1920.I.361. L'arrêt de Bastia a été confirmé par la Cour de cassation mais cette dernière analyse le legs comme une charge implicite : Civ., 29 mars 1837, D. 1837.I.287.

(3) SAVATIER, note sous Civ., 9 novembre 1959, D. 1959.613.

Il faut alors ajouter que la transmission à l'héritier des engagements du défunt ne peut avoir lieu que pour les engagements valables à l'égard de l'héritier. Le problème de leur validité se pose avant celui de leur transmission. Et précisément, la question est de savoir si le legs de la chose de l'héritier est efficace ou non envers ce dernier.

III. — On a enfin songé à faire appel à la notion de charge implicite pour valider le legs de la chose de l'héritier. Ainsi, certains auteurs valident de plein droit un tel legs, qu'ils interprètent comme une charge, laissant ainsi à l'héritier le choix d'exécuter la charge ou de renoncer à la succession (4).

Mais, la doctrine dominante se refuse à entrer dans cette voie. Les auteurs admettent généralement que le legs de la chose de l'héritier peut être efficace en tant que charge expresse, mais que son legs direct ne peut être considéré comme une charge implicite (5).

La Cour de cassation ne s'est pas montrée favorable au système de la charge implicite et a déclaré que « les termes de l'article 1021 sont généraux et qu'ainsi, dans le sens de cet article, le legs que le testateur fait de la chose de son héritier, soit qu'il ait ignoré ou non que la chose ne lui appartenait pas, est le legs de la chose d'autrui, qu'un pareil legs ne pourrait être valable qu'autant qu'il serait fait comme charge expresse de l'hérédité ou du legs principal » (6).

L'inefficacité du legs de la chose de l'héritier n'est donc pas douteuse et il doit en être de même du partage de la succession du conjoint prédécédé. Il reste à en déterminer l'incidence sur le partage testamentaire cumulatif.

114. — b) *Incidence de l'inefficacité du partage de la succession du conjoint prédécédé sur le testament-partage cumulatif.*

L'inefficacité du partage de la succession du prédécédé entraîne la nullité de l'acte entier. La jurisprudence fonde cette nullité sur l'article 1075 du Code civil déduisant de ce texte l'interdiction faite aux ascendants de répartir par partage d'ascendant les biens dont ils n'ont pas la libre disposition.

(4) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1870.

(5) SAVATIER, note sous Civ., 25 février 1925, D. 1925.I.185.

(6) Cass., 19 mars 1822, S. 1822.I.41. Civ., 25 février 1925, précité. Comp. Limoges, 3 juillet 1928, J.C.P. 1928, p. 1234. *Contra* pour un légataire universel : Civ., 29 mars 1837, précité. Orléans, 31 mars 1849, D. 1949.I.125.

Il s'agit d'une nullité de droit commun, par opposition aux nullités spéciales. L'article 1080 est donc inapplicable ; l'action peut être exercée dès l'acte et se prescrit par trente ans.

Mais la nullité prend sa source dans une inefficacité et doit disparaître en même temps qu'elle. Il est donc permis au testateur, en une matière n'intéressant pas l'ordre public, d'imposer aux copartagés l'exécution du testament en présentant la répartition de la succession ouverte comme une charge expresse, ou en édictant une clause pénale contre celui qui invoquerait la nullité de l'acte.

B. — *Utilisation de techniques coercitives.*

115. — Le testateur peut contraindre les copartagés à se plier à ses intentions en les privant de certains avantages qu'il leur a implicitement ou explicitement consentis. Ce principe se retrouve à la base de toutes les techniques coercitives, mais cette analogie laisse subsister d'importantes différences entre la charge et la clause pénale.

Leur emploi est autorisé par le droit en raison du caractère d'ordre privé des règles que le testateur a la prétention d'éluder. Dès lors, s'agissant de partage, on doit se demander si le testateur peut encore faire prévaloir sa volonté lorsque certains héritiers sont incapables.

L'étude portera donc successivement sur l'emploi des techniques coercitives lorsque tous les héritiers sont capables et leur emploi lorsque certains héritiers sont incapables.

116. — a) *Cas où tous les héritiers sont capables.*

La charge ou la clause pénale peuvent contraindre les héritiers à ne pas provoquer la nullité du testament-partage cumulatif.

1) Charge.

On sait que le partage de la succession du prédécédé n'est pas considéré comme une charge implicite par la jurisprudence. La charge doit donc être stipulée expressément, sans que l'utilisation de formules sacramentelles soit nécessaire.

Pratiquement, le problème essentiel est de savoir dans quelles conditions une charge peut être stipulée par le testateur et, en particulier, si elle peut prendre appui sur l'émolument *ab intestat* des héritiers, ou si elle doit être l'accessoire d'une libéralité. Dans le premier cas, l'auteur du testament-partage pourrait présenter la répartition des biens de son conjoint prédécédé comme une

charge de la répartition de ses propres. Dans le deuxième cas, la charge devrait prendre appui sur les libérations distinctes de la répartition.

1. — *Charge accessoire d'une libéralité.*

117. — Il n'est pas douteux que la charge est valable lorsqu'elle est l'accessoire d'une libéralité faite à l'héritier, spécialement, en matière de testament-partage cumulatif lorsqu'elle prend appui sur les legs préciputaires distincts de la répartition.

L'obligation qui est ainsi imposée aux héritiers de partager les biens de la succession du prédécédé suivant les modalités définies par le testateur n'est en rien contraire à l'ordre public et intéresse les seules relations des enfants entre eux. Ces derniers, étant capables, pourraient faire tel partage qui leur conviendrait et rien n'empêche le testateur de les y obliger sous forme de charge. S'ils veulent s'en affranchir, ils renonceront à la libéralité qui leur est consentie.

On a parfois critiqué cette opinion en ce qu'elle ressuscitait l'ancienne distinction romaine entre le cas où le testateur savait et le cas où il ignorait que la chose appartenait à autrui et que les rédacteurs du Code civil ont tenu à abolir. En effet, on est actuellement amené à distinguer la transmission directe, ou le partage direct de la chose d'autrui qui est nul, et l'obligation de transmettre ou partager, valablement imposée à l'héritier sous forme de charge d'une libéralité. Or, dit-on alors, il est certain que, si le testateur impose l'obligation de transmettre, c'est qu'il sait que la chose appartient à autrui et que, au contraire, il l'ignore lorsqu'il prétend transmettre directement. Le système français et le système romain sont donc très proches l'un de l'autre, pour ne pas dire équivalents (7).

Cependant, la recherche de la volonté de l'ascendant ne se situe plus sur le même plan qu'en Droit romain. Elle se trouve, en Droit moderne, dans le cadre des pouvoirs du juge pour dégager le sens des clauses testamentaires. Ce dernier doit, en effet, sans cesse se demander si le testateur a entendu édicter telle ou telle condition, imposer telle ou telle charge au gratifié. On ne saurait donc reprocher à la jurisprudence du legs de la chose d'autrui de conduire à des subtilités excessives.

D'ailleurs, l'exigence d'une charge *expresse*, formulée par les arrêts, sans imposer au testateur l'emploi de formules sacramen-

(7) Jurisclasseur civil, article 1021.

telles, semble exprimer le souci de la jurisprudence de s'en tenir à une interprétation purement technique de l'acte, à l'exclusion de toute considération tirée de l'opinion du testateur sur la propriété de la chose.

L'ascendant pourrait donc imposer aux héritiers copartagés d'accepter la répartition réalisée par lui comme la charge d'une libéralité qu'il consentirait à tous.

2. — Charge accessoire de l'émolument *ab intestat*.

118. — L'ascendant a-t-il le pouvoir d'imposer la répartition des biens du conjoint prédécédé, comme une charge de la répartition qu'il fait de ses propres ?

Il n'y aurait pas de problème si la répartition des biens propres par testament-partage conférait aux héritiers le titre de légataire. La charge serait valable et les héritiers s'en affranchiraient en renonçant au legs pour s'en tenir à leur part *ab intestat*. Mais le testament-partage est une répartition de la succession *ab intestat* elle-même et n'affecte pas le titre héréditaire des copartagés. Ces derniers ne peuvent renoncer aux attributions sans perdre leur titre d'héritiers *ab intestat* et, par suite, leurs droits dans la succession.

Toute la question est alors de savoir si, d'une façon générale, la charge peut prendre appui sur l'émolument *ab intestat* ou si, au contraire, elle ne peut obliger qu'un légataire. La réponse ne peut résulter que d'une analyse juridique de l'obligation de transmettre ou de partager, imposée aux héritiers.

I. — Le legs de la chose de l'héritier considéré comme une condition.

Pour certains auteurs, c'est à tort qu'on qualifie de charge le legs de la chose de l'héritier. La charge implique nécessairement un prélèvement sur l'émolument recueilli, comme lorsque le légataire reçoit 100 pour remettre 50 à un tiers. Le legs de la chose de l'héritier n'est pas prélevé sur les biens reçus, puisque l'héritier avait des droits sur la chose avant l'ouverture de la succession. Plutôt qu'une charge, il s'agit d'une condition et l'acte s'analyse en une stipulation pour autrui au seul bénéfice du tiers. Or, aux termes de l'article 1121 du Code civil, une telle stipulation ne peut qu'être l'accessoire d'une libéralité, donation ou à la rigueur legs, à l'exclusion de l'émolument *ab intestat* (8).

(8) Note H.M. sous Paris, 4 octobre 1927, J.C.P. 1928.61.

Cette théorie appelle un certain nombre d'observations.

1) Elle repose sur une distinction erronée entre la charge et la condition.

Les auteurs ont proposé plusieurs critères. Pour certains, la charge est imposée aux biens, alors que la condition intéresse la personne du gratifié (9). Dira-t-on alors que l'obligation de transmettre ou de partager est d'ordre personnel et constitue une condition ? Il sera facilement objecté qu'une telle obligation est relative aux biens et entre dans la catégorie des charges.

D'ailleurs, des auteurs plus récents enseignent un autre critère de distinction. La charge fait naître une obligation ; le gratifié prend l'engagement d'exécuter la charge et le tiers a contre lui une action en exécution. La condition ne grève d'aucune obligation celui qui en subit les effets et, même si elle est potestative, aucune action ne peut en forcer l'exécution ; telle est par exemple, la condition de ne pas se marier (10).

Lorsque la jurisprudence considère le legs de la chose de l'héritier comme une charge, par interprétation de la volonté du testateur, elle entend seulement accorder au tiers une action en exécution. Mais la distinction laisse entière la question de savoir si la sanction édictée peut consister en une privation de l'émolument *ab intestat*, question qui se pose pour la condition comme pour la charge.

2) L'article 1121 ne donne à cet égard aucune indication dans l'un ou l'autre sens. Il précise seulement que le donataire peut être privé de la donation s'il ne respecte pas la volonté du disposant. A le prendre à la lettre, l'article exclurait que la charge puisse prendre appui sur un legs, ce qui est certainement inexact. Il n'est pas plus justifié d'en déduire une exclusion de l'émolument *ab intestat* (11).

La qualification de « condition » s'accorde donc mal avec la situation envisagée et ne donne, au surplus, aucune autre indication que la charge sur le régime juridique du legs de la chose de l'héritier.

(9) CAPITANT, De la cause des obligations, p. 451. JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé, p. 176.

(10) PLANIOL et RIPERT, t. 5, p. 372. SAVATIER, R.T.D.C. 1931.631. Civ., 29 avril 1931, D.H. 1931.345.

(11) Req. 26 juillet 1897, D. 1898.I.300.

II. — *Le legs de la chose de l'héritier considéré comme une charge héréditaire.*

119. — Pendant un certain temps, la jurisprudence a semblé considérer que le legs de la chose de l'héritier était une charge héréditaire recueillie par l'héritier en même temps que l'émolument *ab intestat*.

1) Cette analyse résulte expressément des motifs de l'arrêt de la Chambre civile du 6 mai 1913 (12). La Cour fonde l'obligation de l'héritier de livrer sa chose sur l'article 724 du Code civil aux termes duquel les héritiers « sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ». Cet article vise les charges héréditaires, telles que frais funéraires, de scellés et inventaire, de liquidation et de partage, auxquelles l'héritier est tenu en vertu de son acceptation.

Dans son arrêt du 20 février 1957, la Cour suprême n'a pas reproduit cette explication (13). L'arrêt frappé de pourvoi l'avait cependant insérée dans ses motifs (14). La Cour s'est contentée de confirmer le caractère obligatoire de la disposition, mais rien ne permet de croire qu'elle ait entendu revenir sur les termes de l'arrêt de 1913.

Il faut noter que l'arrêt de 1913 concernait le legs de la chose indivise entre le testateur et l'héritier mais, si ce dernier s'analyse en une charge héréditaire, il doit en être de même du legs de la chose de l'héritier.

2° Dans cette conception, la charge de livrer la chose peut prendre appui sur l'émolument *ab intestat*, sous réserve de précisions.

La charge peut valablement grever l'émolument des héritiers non réservataires. S'ils acceptent la succession, ils sont tenus d'exécuter. Ils ne peuvent s'affranchir de la charge qu'en renonçant. Ce cas ne concerne d'ailleurs pas la présente étude, puisque les copartagés sont réservataires.

La charge s'impose encore aux héritiers réservataires qui recueillent une partie du disponible, dans la mesure de ce disponible. Plusieurs arrêts ont fait application de cette règle (15). Cependant,

(12) Précité.

(13) Civ., 20 février 1957, G.P. 1957.I.423.

(14) Poitiers, 5 mai 1954, J.C.P. 1955.II.8742, note Voirin.

(15) Civ., 6 mai 1913, précité. Req. 26 juillet 1897, précité.

les motifs d'un récent arrêt de la Chambre civile, pourrait laisser croire à une modification de cette jurisprudence (16). La Cour déclare en effet que le legs de la chose de l'héritier, ou plus exactement de la chose indivise entre le testateur et l'héritier, n'est valable que s'il constitue « la charge d'une libéralité que (le testateur) lui aurait en même temps consentie ». N'est-ce pas exclure l'émolument *ab intestat* comme point d'appui de la charge ? On observe toutefois que l'arrêt est intervenu dans une espèce où le réservataire était réduit à sa réserve. Il est probable que la Cour a seulement entendu condamner la charge dans cette hypothèse, sans vouloir prendre parti sur la validité de la charge assise sur l'émolument *ab intestat*.

Enfin, les charges héréditaires de l'article 724 du Code civil grèvent l'héritier même s'il est réduit à sa réserve. La Cour de cassation ne pousse pas jusque là la logique de sa qualification. L'héritier réservataire qui ne recueille aucune part du disponible, n'est pas tenu de livrer sa chose à autrui (17).

Au point de vue du testament-partage cumulatif, il résulte de cette jurisprudence que l'acte serait valable lorsque le testateur présenterait la répartition de la succession de son conjoint comme une charge expresse de la quotité disponible recueillie *ab intestat* par les copartagés, que cette quotité disponible soit ou non partagée dans le testament.

La Cour de cassation a fondé cette solution sur l'article 724 du Code civil, mais en déformant singulièrement le régime de la charge héréditaire qui oblige normalement l'héritier, même réduit à sa réserve.

Aussi, sa conception est-elle critiquée par la doctrine qui en propose une autre, qui paraît préférable.

III. — *Le legs de la chose de l'héritier considéré comme une charge personnelle.*

120. — Critiquant la jurisprudence, certains auteurs font observer que la charge de transférer sa chose frappe le patrimoine de l'héritier et non la succession. Elle ne peut donc s'analyser en une charge héréditaire, mais constitue une charge personnelle à l'héritier (18).

(16) Civ., 9 novembre 1959, D. 1959.613, note Savatier précitée, J.C.P. 1960.II.11584, note Voirin.

(17) Civ., 9 novembre 1959, précité.

(18) VOIRIN, note sous Poitiers, 5 mai 1954, précité.

Quant à la question de savoir si la charge peut prendre appui sur l'émolument *ab intestat*, elle doit être résolue au regard du droit de la réserve.

Les auteurs énoncent en règle que la charge doit être l'accessoire d'une libéralité (19). Il est donc exclu qu'elle soit imposée à un héritier réduit à sa réserve.

Il semble par contre, qu'on puisse considérer comme une libéralité l'émolument recueilli *ab intestat* par un non réservataire. Mais, en est-il de même de l'émolument disponible reçu par l'héritier réservataire en sus de sa réserve ? M. Voirin ne le pense pas et écrit à ce propos « D'une part, la loi garantit (à cet héritier) une part de la succession ; d'autre part, n'étant pas légataire, l'héritier n'a qu'un titre unique d'acquisition, il tient de la loi seule sa vocation. Aussi lui est-il impossible juridiquement d'accepter la succession jusqu'à concurrence de la réserve et de renoncer à la seule quotité disponible... : *hereditas pro parte adire, pro parte repudiari non potest*. Il est dès lors très douteux que le *de cujus* ait pu valablement le grever d'une charge sans lui faire de legs bien qu'il soit appelé à recueillir, en sus de sa réserve, une part du disponible » (20).

La théorie de la charge personnelle conduit à des conséquences opposées à celles de la conception jurisprudentielle en ce qui concerne le testament-partage cumulatif du conjoint survivant. L'acte n'est valable que s'il contient des libéralités séparées, sur quoi puisse prendre appui la charge expresse de partager les biens propres du conjoint prédécédé. Ces idées paraissent seules conformes aux droits des copartagés réservataires.

2) Clause pénale.

121. — Au lieu d'une charge expresse, l'auteur du testament-partage comprenant les biens de la succession du conjoint prédécédé pourrait prévoir une clause pénale (21).

La clause pénale est une sanction édictée par le testateur à l'encontre des héritiers qui ne respecteraient pas les dispositions du testament. Elle se présente comme une exhérédation conditionnelle privant de ses droits dans la succession l'héritier récalcitrant.

L'exhérédation ne peut toutefois pas être totale puisque les copartagés sont des réservataires : elle ne peut porter que sur la quotité disponible de la succession.

(19) SAVATIER, R.T.D.C. 1955, p. 149.

(20) VOIRIN, note sous Civ., 9 novembre 1959, précité.

(21) Civ., 25 février 1925, précité.

Chaque héritier a alors l'option ou de consentir à exécution du testament, ou de perdre ses droits dans la quotité disponible du testateur.

La validité de la clause pénale, lorsque la nullité de l'acte est d'ordre privé, est unanimement admise. Les objections sont anciennes et la jurisprudence les a définitivement écartées.

I. — *Validité au regard de l'article 1227 du Code civil.*

La première objection était tirée des termes de l'article 1227 du Code civil. D'après cet article « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ». La clause pénale ne doit donc recevoir application que si l'héritier succombe dans sa critique du testament car, s'il triomphe, la nullité du testament entraîne la nullité de la clause pénale (22). On a répondu qu'il existait une différence de nature entre la clause pénale dans les actes à titre gratuit et dans les actes à titre onéreux. « La première n'est qu'une condition, une charge imposée à un héritier ou à un légataire et elle a pour but de forcer celui-ci à se conformer à la volonté du testateur qui le gratifie. La deuxième, au contraire,... est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de la convention » (23). Or, seules les clauses pénales insérées dans les actes à titre onéreux sont visées par l'article 1227 du Code civil qui est sans application aux clauses contenues dans les actes à titre gratuit. Cette explication ne paraît pas convaincante. Dans l'un et l'autre cas, la clause pénale a pour fonction de forcer l'exécution d'une obligation et l'article 1227 n'apparaît que l'application d'un principe général concernant toutes clauses pénales (24).

Mais la vérité est que l'article 1227 du Code civil doit être écarté lorsque la clause pénale tend à assurer le respect d'expressions de volonté non contraires à l'ordre public. La clause est alors pleinement valable et sanctionne l'héritier qui a intenté l'action en nullité, même s'il triomphe dans cette action.

II. — *Validité au regard de l'article 900 du Code civil.*

122. — On a encore objecté que la distinction entre les lois d'ordre public et les lois d'ordre privé, était contraire à l'article 900 du Code civil qui répute non écrites les conditions contraires « aux

(22) GENTY, *op. cit.*, p. 175. Cass. 14 décembre 1825, S. 1826.I.186.

(23) ROBINEAU, De la clause pénale, Thèse, Paris, 1896, p. 71.

(24) MARUANI, La clause pénale, Thèse, Paris, 1938, p. 71 et suiv.

lois » en général, sans distinguer. La clause pénale devrait donc être réputée non écrite si la disposition qu'elle protège est contraire à un texte quelconque, même non d'ordre public (25).

Mais l'article 900 du Code civil doit s'interpréter à la lumière de l'article 6 qui dispose « qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il en résulte, au contraire, que les parties sont libres d'aménager leurs relations comme elles l'entendent dans la mesure où l'ordre privé est seul en cause, sous l'unique condition d'utiliser les techniques juridiques appropriées (26).

Le droit ne fournit aucune technique directe au testateur pour lui permettre de partager la chose d'autrui. C'est la clause pénale qui confère à sa volonté l'efficacité qu'elle n'aurait pas à elle seule.

III. — *Position de la jurisprudence.*

123. — La jurisprudence, après quelques hésitations, s'est définitivement prononcée pour la validité des clauses pénales tendant à assurer le respect de dispositions non contraires à l'ordre public.

La Cour de cassation a déclaré nettement, dans un arrêt du 25 février 1925, que « dans un testament, toute clause pénale est licite lorsqu'elle a pour but d'assurer indirectement le respect d'une dispositions nulle, à la seule condition que cette disposition ne porte atteinte qu'à des intérêts d'ordre privé, sans toucher à l'ordre public » (27).

Or l'inefficacité du partage de la chose d'autrui n'intéresse en aucune façon l'ordre public. Le conjoint survivant pourrait donc imposer le respect de son testament-partage cumulatif au moyen d'une clause pénale.

Il en est ainsi au moins si les héritiers sont majeurs et maîtres de leurs droits. La solution est plus douteuse lorsque certains sont incapables de participer à un partage amiable.

b) *Cas où certains héritiers sont incapables.*

124. — Le conjoint survivant peut-il utiliser la charge ou la clause pénale à l'encontre de ses enfants mineurs, pour leur imposer une certaine répartition de la succession du conjoint prédécédé ? La raison d'en douter vient de l'obligation faite aux héritiers de

(25) Caen, 9 janvier 1874, D. 1876.2.33.

(26) JAOUEN, La jurisprudence du legs de la chose d'autrui, Thèse, Rennes, 1934. BILLEY, Thèse précitée, n° 120, p. 108.

(27) Civ., 25 février 1925, précité. Voir aussi Req. 29 juin 1910, S. 1913.I.33, note Huguency.

partager judiciairement l'indivision dans laquelle figure un héritier mineur. La succession du conjoint prédécédé est indivise entre les héritiers et doit donc faire l'objet d'un partage judiciaire (art. 819 C. civ.). Cependant, on admet généralement que les charges et clauses pénales s'imposent aux mineurs comme aux majeurs.

*1° Validité des charges et clauses pénales
à l'égard des incapables.*

1) Doctrine.

125. — La doctrine s'est prononcée en faveur de la validité des charges et clauses pénales à l'égard des mineurs.

Envisageant le cas où une charge accessoire à un legs impose au mineur de transmettre à un tiers sa propriété immobilière, les auteurs enseignent que le mineur se soumet à cette obligation en acceptant le legs. « La transmission de propriété s'accomplira de soi et tout naturellement comme conséquence virtuelle de l'acceptation du legs » (28). Elle sera donc pleinement valable dès lors que l'acceptation aura été conforme à l'article 461 du Code civil, sans qu'il y ait lieu d'observer les formalités des articles 457 et suivants du Code civil relatifs à la vente des immeubles du mineur.

Tout au plus certains auteurs recommandent-ils de solliciter l'homologation du tribunal lorsque la libéralité que le mineur accepte entraîne, à titre de condition ou de charge, l'aliénation ou l'hypothèque d'un de ses immeubles (29).

Les mêmes principes doivent s'appliquer au partage de la succession du conjoint prédécédé. A cet égard, M. Savatier écrit : « relativement à la succession du conjoint survivant, on peut soutenir qu'une simple acceptation bénéficiaire oblige (les héritiers) aux charges comme aux dettes de la succession et vaut par suite adhésion au testament-partage. L'autorisation du conseil de famille y suffit. Toutefois, si la succession du prédécédé avait laissé des immeubles, l'abandon de leurs droits sur ceux-ci, imposé comme charge par le testament du survivant à ses enfants mineurs, risque d'être assimilé à une aliénation immobilière et il est alors plus sûr

(28) BUFNOIR, Consultation citée sous Dijon, 10 juillet 1879, S. 1880.241.

(29) VALETTE, Comm. du Code civil, t. I, p. 568. DEMOLOMBE, Donations et testaments, t. III, n° 179. Toutefois pour AUBRY et RAU, il semble douteux que la clause pénale et la charge puissent obliger les mineurs. AUBRY et RAU, t. XI, § 692, p. 191.

de faire homologuer par le tribunal la délibération du conseil de famille » (30).

L'acceptation bénéficiaire du tuteur, autorisée par le conseil de famille, et éventuellement accompagnée d'une homologation du tribunal, suffit donc à soumettre le mineur aux charges et clauses pénales contenues dans le testament. Ainsi se trouvent évitées les formalités longues et onéreuses du partage judiciaire de la succession du conjoint.

2) Jurisprudence.

En jurisprudence, deux décisions seulement sont intervenues sur la question. Elles sont d'ailleurs en sens contraire.

La première a été rendue par le tribunal civil de Saint-Omer (31). En l'espèce, le conjoint survivant avait partagé entre ses enfants ses propres et ceux du conjoint prédécédé, en faisant obligation aux héritiers d'adhérer à ce partage : dans les trois mois de son décès pour ceux qui seraient alors majeurs et, pour ceux qui seraient encore mineurs, dans la quinzaine de leur majorité. La sanction était la privation de la quotité disponible.

Le tribunal prononce la nullité des clauses pénales car les règles du partage judiciaire présentent pour les mineurs un caractère d'ordre public.

Appel est interjeté de cette décision, mais la Cour d'appel n'a pas à connaître de la question de la clause pénale et se contente de déclarer valable la transaction intervenue entre la tutrice des mineurs et les héritiers majeurs, par laquelle les parties s'engagent à exécuter les dispositions testamentaires (32).

La seconde décision est un arrêt de la Cour de Dijon qui a, au contraire, admis la validité de la charge en présence d'incapables. Pour la Cour, le testateur peut valablement, comme condition du legs universel par lui fait à un mineur, imposer à celui-ci l'obligation d'abandonner à un tiers une propriété immobilière. Un pareil abandon n'a rien de contraire à la loi sur les tutelles ; il suffit, pour le légitimer, d'une délibération du conseil de famille, homologuée par justice (33).

(30) SAVATIER, Du partage conjonctif d'ascendant par voie testamentaire, R.G.N. 1920.22048.

(31) Trib. Civ. Saint-Omer, 31 août 1871, S. 1873.II.305.

(32) Douai, 7 décembre 1871, *eod. loc.*

(33) Dijon, 10 juillet 1879, précité. Pour la validité en présence de mineurs d'une clause pénale dans la donation-partage cumulative du conjoint survivant : Besançon, 16 janvier 1846, D. 1847.2.127.

Cette opinion concorde avec les idées professées par la majorité des auteurs. Elle bénéficie donc de la faveur générale tout en restant suspecte au regard des principes.

2° Appréciation de la solution.

1) Au regard des principes.

126. — A n'en pas douter, lorsque certains héritiers sont incapables, le partage doit revêtir la forme judiciaire.

La règle a pour effet d'interdire aux héritiers de procéder conventionnellement entre eux à la répartition des biens indivis. Elle doit interdire de la même façon à l'ascendant survivant d'imposer aux héritiers la réalisation d'un partage conforme à sa volonté, soit par une charge, soit par une clause pénale, en ce qui concerne les biens de la succession de l'ascendant prédécédé.

L'acceptation du testament dans les formes prévues par l'article 461 du Code civil ne devrait pas normalement suffire à soumettre les héritiers incapables à la sanction édictée par le testateur. La conformité de la technique de l'acte avec les dispositions légales ne peut en effet couvrir les vices qui affectent la répartition réalisée.

2) Au regard des résultats.

Mais pratiquement, les charges ou les clauses pénales permettent d'éviter le partage judiciaire de la succession du conjoint prédécédé. Et c'est au regard de ce résultat pratique que la jurisprudence et la doctrine se montrent prêtes à en accueillir la validité, alors même que leur compatibilité avec les principes du partage paraîtrait douteuse.

La faveur dont bénéficient la clause pénale et la charge est à rapprocher de celle qu'on accorde généralement au partage transactionnel. Les héritiers, même mineurs, peuvent éluder le partage judiciaire en transigeant sur une difficulté sérieuse qui se révèle à l'occasion du partage. En particulier, ils peuvent, par une transaction, convenir que sera exécuté le partage de la succession du prédécédé, contenu dans le testament du conjoint survivant (34). Le respect des formalités exigées par la loi pour la transaction des mineurs assure suffisamment la protection de leurs intérêts.

De même, l'acceptation du legs par le mineur, autorisée par le conseil de famille, et homologuée par le tribunal si des droits immobiliers sont en cause, le place sous la menace des clauses pénales

(34) Douai, 7 décembre 1871, précité.

ou des charges. Ces formalités, moins complexes et onéreuses que le partage judiciaire, donnent l'assurance que ses droits seront respectés. Il y a là une application remarquable de l'idée d'équivalence des résultats (35).

La présence d'incapables parmi les héritiers ne modifie donc pas les règles relatives au testament-partage cumulatif du conjoint survivant, portant sur ses propres et sur les biens de la succession du conjoint prédécédé.

L'acte est nul en principe, mais le testateur peut, dans tous les cas, inciter les copartagés à ne pas agir en nullité en édictant des clauses pénales ou en présentant le partage des biens du prédécédé comme la charge de libéralités distinctes qui leur seraient consenties.

Si le testateur est héritier du conjoint prédécédé et indivisaire dans sa succession, la validité de son testament-partage cumulatif, comprenant des biens de cette succession, doit être appréciée comme celle du testament-partage cumulatif sur les biens communs.

II. — *Testament-partage cumulatif du conjoint survivant, comprenant les biens communs.*

127. — L'inclusion de biens de la communauté dissoute dans le testament-partage du conjoint survivant n'en affecte pas la validité. Nous établirons d'abord le principe, puis nous rechercherons le fondement de cette solution.

A) *Principe de la validité.*

En raison des droits du testateur sur la communauté dissoute, le partage qu'il en fait entre ses héritiers est efficace à leur égard. Le testament-partage cumulatif est donc pleinement valable.

a) *Efficacité du partage des biens indivis entre les héritiers lorsque le testateur avait des droits dans l'indivision.*

1) *Efficacité de principe.*

128. — Le legs de la chose indivise entre le testateur et ses héritiers est obligatoire pour ces derniers qui sont tenus de délivrer la chose quelle que soit la quote-part du testateur dans l'indivision et quelle que soit l'importance de la chose léguée par rapport à la masse indivise totale. Un tel legs constitue en effet, pour

(35) PATARIN, Thèse précitée.

la jurisprudence, une charge implicite imposée par le testateur à ses héritiers. De nombreux arrêts ont affirmé ces principes, parmi lesquels on ne peut citer que les plus marquants.

I. — Arrêts de la Chambre civile du 6 mai 1913 (36).

La Cour de Pau avait refusé de valider le legs fait à un tiers portant sur les biens indivis entre le testateur et son héritier, sous prétexte que l'héritier tenant ses droits, non du testateur, mais de la loi, ledit legs ne pouvait, en dehors d'une stipulation expresse, être considéré comme une charge de la succession *ab intestat* et constituait un legs de la chose d'autrui.

La Cour de cassation infirme l'arrêt d'appel et déclare que « le legs d'immeubles indivis entre le testateur et son héritier et sur la totalité desquels le testateur avait par conséquent un droit au moins éventuel, ne saurait être considéré comme le legs de la chose d'autrui au sens de l'article 1021 du Code civil ». La Cour ajoute que l'héritier *ab intestat* étant tenu de l'exécution des legs, « la charge du legs d'immeuble indivis entre lui et le testateur a pu lui être imposée, sans qu'elle ait été expressément formulée dans le testament ».

II. — Arrêt de la Chambre civile du 20 février 1957 (37).

Une veuve lègue à l'un de ses fils un domaine dépendant de la communauté non liquidée et restée indivise entre elle et ses enfants. Un des frères du légataire attaque le legs comme portant sur la chose d'autrui. La Cour de Poitiers le déboute de sa demande en nullité (38). La Chambre civile, confirmant l'arrêt d'appel, déclare que la mère survivante « possédant sur le bien légué, indivis entre elle et les autres cohéritiers, un droit pouvant porter sur la totalité, le legs ne constituait pas un legs de la chose d'autrui au sens de l'article 1021 ; que, d'autre part, ce texte n'étant pas d'ordre public, mais d'intérêt privé, il était loisible à la testatrice d'imposer à ses héritiers la charge de procurer au légataire la propriété entière du bien légué et que cette volonté pouvait être déduite par la Cour d'appel de l'ensemble des dispositions testamentaires, sans qu'elle ait été expressément formulée par la testatrice ».

(36) Civ., 6 mai 1913, précité.

(37) G.P. 1957.I.423.

(38) Poitiers, 5 mai 1954, précité.

La Cour de cassation invite donc les juges du fond à interpréter comme une charge implicite, obligatoire pour les héritiers, le legs de la chose indivise entre ces derniers et le testateur (39).

Si on reconnaît au testateur le pouvoir de transmettre la chose indivise, *a fortiori* doit-on lui reconnaître celui de la partager entre les héritiers. Aucune objection ne paraît s'élever contre cette transposition.

Le partage testamentaire de la communauté dissoute **indivise** entre le testateur et les héritiers s'impose donc à ces derniers, en tant que charge implicite.

2) Volonté contraire du testateur.

Cette règle résulte, pour la jurisprudence, d'une interprétation de la volonté du testateur. Il pourrait donc l'écarter en subordonnant l'efficacité de son legs ou de son partage aux résultats du partage de la communauté (40) qui sera réalisé par les héritiers, après la mort des deux époux.

La validité du testament-partage cumulatif se déduit naturellement de l'efficacité du partage de la communauté par le testament du conjoint survivant.

b) *Validité du testament-partage cumulatif comprenant des biens de la communauté dissoute.*

129. — Cette validité se trouve dans la logique d'une jurisprudence constante illustrée par les arrêts de 1913 et 1957.

La Cour de cassation n'a pas eu à statuer sur ce problème précis, mais la difficulté s'est présentée devant deux Cours d'appel.

I. — Arrêt conforme de la Cour de Paris du 9 avril 1924.

La Cour d'appel de Paris a déclaré que l'inclusion de biens communs dans le testament-partage du conjoint survivant n'en affectait pas la validité. Mais les motifs de l'arrêt sont obscurs. La raison donnée par la Cour est la certitude acquise qu'« en dehors des attributions faites dans le testament, il restait au *de cujus* un actif plus que suffisant pour remplir les enfants de leurs droits dans la succession de leur mère » (41).

La vérité est que le partage des biens communs entre les héritiers n'est pas un acte sur la chose d'autrui et doit être considéré comme une charge pour ces derniers.

(39) *Contra*, Civ., 5 février 1952 (motifs), J.C.P. 1953.II.6906, sur cet arrêt voir *infra*, n° 143.

(40) SAVATIER, R.T.D.C. 1955, p. 147.

(41) Paris, 9 avril 1924. Gaz. Trib., 9 septembre 1924, R.T.D.C. 1924, p. 1028.

En l'espèce, la communauté n'était pas liquidée.

M. Savatier remarque à ce propos que la validité du testament-patrage sur les biens communs ne pouvait être affirmée qu'après cette liquidation, certains biens devenant alors rétroactivement la propriété des enfants au titre de prélèvements qu'ils effectuent en représentation de la mère prédécédée. Mais, en réalité, si les prélèvements n'ont pas encore été effectués au décès du conjoint survivant, ils ne le seront jamais. La communauté pourra bien faire l'objet d'une liquidation et d'une répartition par les enfants entre les successions des père et mère décédés, mais on verra que cette opération n'est pas un partage. Les biens communs ne sont pas en effet attribués privativement à un indivisaire, mais seulement ventilés entre les deux masses successorales et les opérations de cette ventilation ne doivent pas produire d'effet déclaratif (42). Aucun prélèvement ultérieur ne peut donc faire échec à la validité du testament-patrage du conjoint survivant sur les biens communs.

I. — Arrêt contraire de la Cour d'Amiens du 24 janvier 1956.

La Cour d'Amiens, saisie du même problème, l'a résolu dans le sens de la nullité du testament-patrage cumulatif (43). Ses motifs sont partiellement repris d'un arrêt de la Chambre civile, intervenu dans le cas tout différent où les biens communs sont compris dans le testament-patrage du conjoint prémourant (44). On lit dans les motifs de la Cour d'Amiens que « si les ascendants peuvent faire par disposition testamentaire le partage de leurs biens entre leurs enfants, ils ont cependant l'obligation de se conformer aux prescriptions des articles 1075 et suivants et ne peuvent comprendre que des biens dont ils ont la propriété ou la libre disposition ; qu'en incluant dans le partage de ses biens les immeubles dont il s'agit (le testateur), a entendu les soustraire aux aléas du partage normal et du tirage au sort ; ... que cette inclusion rendait impossible au jour de l'ouverture de la succession l'évaluation comparative des lots attribués aux deux héritiers ».

Ces motifs apparaissent inopérants dès lors qu'on observe que l'indivision entre le testateur et les héritiers ne sera jamais partagée, la ventilation des biens communs entre les deux successions des époux décédés ne pouvant être considérée comme un partage. Il est donc inexact de prétendre que le testateur a entendu se soustraire à un quelconque partage.

(42) Sur ce point voir *infra*, n° 131 et suiv.

(43) Amiens, 24 janvier 1956, R.G.N. 1958.27592.

(44) Civ. I^{re}, 28 janvier 1953, J.C.P. Ed. Not. 1954.II.8129, note Voirin.

Au surplus, on ne voit pas en quoi la présence de biens communs dans l'acte, même à supposer l'efficacité des attributions de ces biens subordonnée aux résultats d'un partage, pourrait rendre impossible l'évaluation des lots au jour de l'ouverture de la succession (45).

L'arrêt n'a donc pas su dégager le sens de la jurisprudence relative au legs de la chose indivise entre le testateur et l'héritier ; les principes en sont constants : un tel legs s'impose à l'héritier et la jurisprudence en donne pour raison qu'il constitue une charge implicite.

On objectera cependant que la Cour d'Amiens a très bien pu ne pas trouver dans l'acte des indications de nature à établir la volonté de l'ascendant de stipuler une charge implicite. Les juges du fond ne sont-ils pas souverains pour dégager le sens et la portée de l'intention des parties ? L'objection serait irréfutable si la solution de la jurisprudence se situait effectivement dans le droit interprétatif.

Mais la notion de charge implicite recouvre une véritable règle de droit et autorise la Cour de cassation à exercer son contrôle sur les décisions rendues par les juges du fond.

C'est ce qu'il convient de montrer en étudiant le fondement de la validité du testament-partage du survivant sur les biens de la communauté.

B) *Fondement de la validité.*

a) *Théorie de la charge implicite.*

130. — La doctrine et la jurisprudence s'accordent à fonder la validité de l'acte sur l'idée de charge implicite. Cette validité résulte en réalité, d'une règle de droit qu'il importe de dégager.

1) *Enoncé.*

I. — La jurisprudence explique par la notion de charge implicite l'efficacité de la disposition testamentaire sur la chose indivise entre le testateur et l'héritier. La solution résulte donc d'une interprétation de la volonté du testateur.

C'est précisément cette charge implicite qui a été analysée en une charge héréditaire, dont l'héritier serait tenu, conformément à l'article 724 du Code civil (46).

(45) Voir *infra*, n° 143 et suiv.

(46) Civ., 6 mai 1913, précité.

II. — La doctrine accepte l'idée de charge implicite tout en se refusant à admettre que cette charge soit une charge héréditaire. Ayant pour objet les biens de l'héritier, au moins dans la mesure de ses droits dans la chose indivise, elle ne peut s'analyser qu'en une charge personnelle (47).

Sur tous ces points, aucune distinction n'est faite entre la chose de l'héritier et la chose indivise entre le testateur et l'héritier.

2) Critique.

Cette théorie éveille quelques doutes.

I. — Tout d'abord, il paraîtra singulièrement artificiel de trouver une charge implicite dans le testament, lorsque ce dernier ne contiendra aucun indice de la volonté du testateur en ce sens. La généralité de la règle formulée est incompatible avec l'idée d'interprétation de volonté.

II. — On remarque, d'autre part, que la Chambre civile, en 1913, n'a pas hésité à casser la décision de la Cour de Pau qui avait refusé de considérer que le legs de la chose indivise constituait une charge implicite (48). Or, s'agissant d'interpréter la volonté des parties, les juges du fond ont un pouvoir souverain et la Cour suprême n'intervient que lorsque des clauses claires et précises ont été dénaturées. Mais la charge implicite ne peut évidemment pas être considérée comme une clause claire et précise.

On en vient alors à penser que le caractère obligatoire du legs de la chose indivise, entre l'héritier et le testateur, est fondé sur une règle de droit, dissimulée sous la notion de charge implicite. Le recours de la jurisprudence à l'interprétation de la volonté du testateur, donne à la solution une justification plus facile que l'énoncé de cette règle, incertaine en apparence, et qu'il convient de dégager.

b) *La transmission successorale comme issue normale de l'indivision entre le testateur et les héritiers.*

131. — En dehors des motifs relatifs à la charge implicite, la Cour de cassation rappelle que le droit du testateur peut s'étendre à la totalité de la chose léguée et écarte alors l'application de l'article 1021 du Code civil. Cette observation oriente la recherche vers le droit du partage.

(47) Voir *supra*, n° 120.

(48) *Eod. loc.*

1) Enoncé de la règle.

La justification de la validité des dispositions testamentaires sur la chose indivise entre le testateur et ses héritiers résulte d'une double observation.

I. — D'une part, l'indivision entre le testateur et ses héritiers ne trouve pas son issue dans un partage, mais dans la transmission successorale.

Ce mécanisme apparaît clairement lorsque la chose est indivise entre le testateur et son héritier unique. La transmission successorale a pour effet de réunir l'ensemble des droits sur la chose dans le patrimoine de l'héritier et reconstitue ainsi la propriété privative à son profit, comme le ferait un partage (49). Mais les règles de la transmission successorale sont seules applicables, à l'exclusion des règles du partage. La cessation de l'indivision ne s'accompagne, en particulier, d'aucun effet déclaratif. Inapplicables au moment de la transmission successorale, les règles du partage le sont également après cette transmission. En effet, l'indivision ayant effectivement et définitivement cessé, on ne saurait concevoir qu'un partage vienne déterminer *a posteriori* les droits du testateur sur la chose.

La situation n'est pas différente lorsque la chose est indivise entre le testateur et plusieurs héritiers. La transmission successorale met fin à l'indivision entre le testateur et les héritiers et seule subsiste une indivision entre ces derniers.

Le partage entre l'ascendant et les héritiers n'apparaît donc que comme une issue possible et non nécessaire de l'indivision, à côté de la transmission successorale.

II. — D'autre part, l'effet déclaratif du partage opère comme une condition résolutoire à l'égard des actes des indivisaires et non comme une condition suspensive.

En d'autres termes, les actes sur la chose indivise sont valables tant que l'effet déclaratif ne vient pas les mettre en cause.

Si, comme dans la situation envisagée, l'indivision se dénoue sans effet déclaratif, leur validité reste acquise et c'est la raison pour laquelle les héritiers, en leur seule qualité d'indivisaires, sont tenus d'exécuter le legs ou le partage de la chose indivise entre

(49) Par un mécanisme analogue, la réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire, ou de créancier et débiteur entraîne extinction de l'usufruit ou de la créance (art. 617 et 1300, Code civ.).

eux et le testateur. Telle est la règle de droit qui se dissimule derrière la notion de charge implicite (50).

2) Réfutation des objections.

132. — Certaines objections peuvent être élevées à l'encontre de cette théorie, mais elles semblent toutes devoir être écartées.

I. — Partage de la communauté après le décès des deux époux.

S'agissant de cette indivision particulière entre le testateur et ses héritiers qu'est la communauté conjugale dissoute, on peut objecter que les héritiers, après le décès de l'ascendant survivant, procèdent généralement à son partage pour reconstituer les deux successions et les partager séparément. La validité du testament portant sur la communauté, ne va-t-elle pas alors dépendre des résultats de ce partage, la répartition ou le legs faits par le testateur étant maintenus pour les biens mis dans sa succession et anéantis pour les biens mis dans la succession de son conjoint ?

Un arrêt de la Cour de cassation pourrait être invoqué à l'appui de cette objection. La Chambre civile a décidé que l'héritier nanti du bien commun légué par l'ascendant survivant, était tenu de le délivrer au légataire au motif que les deux successions ayant été partagées cumulativement, sans que la communauté ait été liquidée, ledit héritier n'était plus en mesure de prouver que l'objet du legs lui était advenu non de la succession du testateur, mais de celle de son époux (51). Il résulterait de cet arrêt que le partage de la communauté, lorsqu'il est réalisé entre les héritiers, détermine la validité du legs de l'ascendant survivant. Cette opinion ne paraît pas exacte. Après la mort de l'ascendant survivant, l'indivision entre ce dernier et les héritiers ayant cessé du fait de la

(50) Par delà l'explication donnée, on peut d'ailleurs apercevoir une certaine position jurisprudentielle de principe, concernant les pouvoirs des époux sur la communauté. Pendant le mariage, les pouvoirs propres de chaque époux sont en quelque sorte inhibés par l'affectation aux besoins du ménage. On conçoit que, après la mort d'un époux et la dissolution de la communauté, les pouvoirs du conjoint survivant sur les biens communs, se trouvent dans une certaine mesure, libérés, de telle sorte que la critique de ces actes par les héritiers, soit considérée avec défaveur. Ainsi pourrait s'expliquer l'échec de l'action en nullité des enfants, dirigée contre le testament du conjoint survivant sur les biens communs.

Cette dernière solution est toutefois sévère lorsque les héritiers ont maintenu l'indivision post communautaire, précisément pour sauvegarder la situation du conjoint survivant.

Elle peut inciter les enfants à provoquer immédiatement un partage de communauté pour échapper aux conséquences de ses dispositions testamentaires.

La solution de la jurisprudence n'est donc pas sans danger.

(51) Civ., 5 février 1952, précité.

transmission successorale, toute idée de partage de la communauté doit être écartée. La répartition des biens communs entre les deux successions par les héritiers est une simple ventilation qui ne saurait produire l'effet déclaratif à l'égard des dispositions testamentaires du conjoint survivant (52).

On peut d'ailleurs concevoir que l'arrêt de la Chambre civile n'a pas entendu faire échec à ces principes.

La solution contenue dans son dispositif n'a pas la même portée que le principe énoncé dans ses motifs. En affirmant la validité du legs lorsque les deux successions ont été partagées cumulativement, la Cour n'a sans doute pas entendu la condamner lorsque les héritiers procèdent aux partages séparés.

D'autre part, même après le partage cumulatif des successions, il ne serait pas trop tard pour faire un partage théorique de la communauté qui, sans modifier les attributions des biens, permettrait d'apprécier la validité du legs de biens communs. Si les juges n'ont pas ordonné ce partage théorique, c'est qu'ils ont pensé qu'il ne pouvait avoir d'incidence sur l'obligation des héritiers d'exécuter le legs de l'ascendant.

S'il en était autrement, c'est un siècle de jurisprudence déclarant valable comme charge implicite le legs de la chose indivise entre le testateur et ses héritiers qui serait mis en cause.

A cet égard, l'arrêt de la Chambre civile, en date du 20 février 1957 est rassurant : la Cour décide à nouveau que les héritiers ont la charge d'exécuter les legs des biens communs faits par l'ascendant survivant, sans se préoccuper de la façon dont seront partagées les deux successions (53).

II. — Actes des époux autres que le testament.

133. — On objectera encore que cette théorie conduirait à valider non seulement les dispositions testamentaires, mais encore tous les actes du conjoint survivant, après la dissolution de la communauté, et même tous les actes de l'un et l'autre conjoint pendant la durée de la communauté dont l'efficacité est subordonnée à l'effet déclaratif, chaque fois que la communauté n'a pas été partagée entre le conjoint survivant et les héritiers.

Telle paraît bien être la conséquence du principe certain que la transmission successorale met fin à l'indivision entre le conjoint survivant et les héritiers. Aucune décision n'est intervenue sur ce

(52) Le testateur pourrait toutefois, dans une clause expresse, subordonner la validité de son legs aux résultats de cette ventilation.

(53) Civ., 20 février 1957, précité.

point, mais rien ne s'opposerait à ce que la jurisprudence décide que de tels actes constituent des charges pour les héritiers. Toutefois deux remarques sont nécessaires.

D'une part, la jurisprudence, en se plaçant dans le cadre du droit interprétatif pour obliger les héritiers à exécuter les dispositions testamentaires de l'ascendant survivant reste libre d'assigner à sa solution les limites qu'elle juge utiles. Imparfait à certains égards, le système de la charge implicite laisse une grande liberté aux tribunaux et interdit de préjuger de leurs solutions en dehors des dispositions testamentaires.

D'autre part, les héritiers pourront toujours tenter d'échapper à l'obligation d'exécuter les actes entre vifs des ascendants, en provoquant le partage de la communauté avant le décès du survivant. Les actes seront alors frappés d'inefficacité si les biens qui en sont les objets ne sont pas mis dans le lot de leur auteur. Il y a là une différence essentielle entre la situation des héritiers au regard des dispositions entre vifs et des dispositions testamentaires des ascendants. Ils ne peuvent échapper à l'exécution de ces dernières puisque, la transmission successorale faisant cesser l'indivision, aucun partage n'est concevable entre eux et le testateur.

134. — III. — Actes des héritiers sur l'indivision post-communautaire.

On objectera enfin que, si aucun effet déclaratif n'est attaché à la cessation de l'indivision communautaire, on devrait en déduire que les actes des héritiers sur les biens de la communauté dissoute sont définitivement valables, comme ceux de l'ascendant survivant.

Mais les actes des héritiers n'échappent à l'effet déclaratif du partage de la communauté que pour tomber sous le coup de l'effet déclaratif du partage de chaque succession. Leur validité sera en réalité appréciée au moment du partage des successions paternelle et maternelle, soit cumulativement, soit séparément, au regard de l'effet déclaratif qui se produit alors et qui fait remonter l'acquisition par les héritiers de la propriété privative des biens, respectivement au décès du père pour les biens paternels, et au décès de la mère pour les biens maternels.

Admettre que la répartition de la communauté entre les deux successions produit effet déclaratif à l'égard des actes des héritiers conduirait d'ailleurs à d'étranges solutions. Ainsi, l'acte d'un héritier sera annulé si le bien commun qui en a été l'objet est placé, lors de cette ventilation, dans la succession du conjoint survivant.

Mais ce bien pourrait être recueilli par le même héritier dans le partage des successions, de sorte que l'héritier retrouverait le bien libre de la charge dont il l'avait grevé. Conséquence inévitable, dira-t-on, des deux partages successifs. Certes, mais la solution paraît peu satisfaisante dans ses résultats.

En réalité, l'indivision communautaire cesse avec la transmission successorale et l'effet déclaratif du partage ne se produit pas. C'est pourquoi les héritiers sont tenus du legs ou du partage des biens communs réalisé par l'ascendant survivant.

Cette obligation ne leur incombe pas à titre de charge et il importe donc peu de savoir s'ils reçoivent uniquement leur émolument *ab intestat* ou, en outre, des libéralités distinctes.

La volonté du testateur serait seulement mise en échec si la réserve des héritiers se trouvait compromise par la disposition testamentaire (54).

L'ascendant peut donc partager librement dans son testament les biens de la communauté dissoute, soit seuls, soit en même temps que ses propres.

Au lieu d'être réalisé par le conjoint survivant, le partage des successions confondues est parfois l'œuvre du conjoint prémourant sur les biens du conjoint survivant, ou les biens de la communauté dissoute. Il convient alors d'étudier la validité d'une telle répartition.

§ 2. — TESTAMENT-PARTAGE CUMULATIF DU CONJOINT PRÉMOURANT.

135. — L'acte comprend, en même temps que les propres du testateur, les propres de son conjoint ou les biens de la communauté existant entre les deux époux.

I. — *Testament-partage sur les propres des deux époux.*

La confusion successorale résulte dans ce cas de la répartition sans distinction d'origine des propres des deux conjoints dans le testament-partage du prémourant d'entre eux. Nul en principe, l'acte devient valable lorsque la répartition des propres du conjoint du testateur est elle-même efficace.

A. — *Principe de la nullité.*

1) Il faut d'abord écarter une opinion soutenue par un arrêt de la Cour de Caen, d'après lequel un tel acte serait frappé de

(54) Civ., 20 février 1957, précité.

nullité d'ordre public en tant que pacte sur succession future. « Considérant », dit la Cour, « qu'en disposant ainsi par testament de biens qui ne lui appartenaient pas... et devaient composer la succession d'une personne vivante, Augustin Renard a fait des dispositions illégales, frappées de nullité par un motif d'ordre public, qu'en effet, le motif qui a dicté la prohibition décrétée par les articles 791, 1130 et 1600 du Code Napoléon, doit s'appliquer aux testaments comme aux stipulations conventionnelles, car on reconnaît sans hésiter que la règle générale édictée par l'article 6, qui ne permet pas de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public, s'appliquent aussi aux testaments » (55).

En réalité, il est inexact d'étendre aux testaments, actes unilatéraux, la prohibition édictée par la loi contre les pactes sur successions futures. D'autre part, l'auteur du pacte sur succession future spéculé sur les droits héréditaires dans une succession non ouverte. L'objet du testament-partage cumulatif n'est pas les droits héréditaires de son auteur dans une succession non ouverte.

2) La nullité prend sa source dans l'inefficacité de la répartition des biens du conjoint du testateur, en tant qu'acte sur la chose d'autrui. Cette répartition est inopposable au conjoint propriétaire qui conserve la libre disposition de ses biens sans même qu'il lui soit nécessaire d'exercer une action en nullité contre le testament.

Il en résulte que le testament-partage cumulatif est nul dans son entier, comme contraire aux termes de l'article 1075 du Code civil qui, tel que l'interprète la jurisprudence, exclut le partage d'ascendant sur les biens dont l'ascendant n'a pas la libre disposition.

La nullité est une nullité de droit commun, non soumise au régime de l'article 1080 du Code civil. L'action appartient aux héritiers et se prescrit par trente ans à partir du décès du testateur.

B. — *Cas de validité.*

136. — L'obstacle à la validité de l'acte, né du défaut de droit du testateur, disparaît si ce dernier acquiert les biens de son conjoint, compris dans le testament-partage cumulatif, par exemple par donation ou vente entre époux (art. 1595 C. civ.). Mais la confusion successorale disparaît en même temps. Dans les autres cas de validation de l'acte, la confusion subsiste.

(55) Caen, 15 juin 1863, S. 1864.2.292.

a) *Ratification du testament.*

En règle, l'acte sur la chose d'autrui devient efficace lorsque le « *verus dominus* » le ratifie. Le bénéficiaire de l'acte est alors censé tenir la chose de ce dernier et non de l'auteur de l'acte (56). Ces principes sont-ils applicables au testament-partage cumulatif du prémourant ?

Théoriquement, rien ne semble s'opposer à la ratification du conjoint survivant. Comme dans la vente, le « *verus dominus* » apporte à la volonté de l'auteur de l'acte ce qui lui manquait pour être efficace : le droit de disposer de la chose. Le caractère unilatéral de la volonté testamentaire n'élève pas d'objection particulière contre la ratification.

Toutefois, s'agissant de testament, les difficultés surgissent dès qu'on progresse dans l'analyse du mécanisme de la ratification.

1) Ratification par le conjoint survivant et les enfants.

Il est certain que la ratification ne peut prendre la forme d'une entente entre les héritiers et le conjoint survivant, pour entériner le partage des biens de ce dernier par l'époux prédécédé. Cette entente constituerait, en effet, un pacte sur la succession future du conjoint survivant, et la jurisprudence l'a condamné comme tel (57).

2) Ratification par le conjoint survivant.

Le conjoint survivant, seul, peut-il ratifier le partage de ses biens réalisé par le conjoint prédécédé ? La question se présente différemment selon qu'il est ou non héritier de l'auteur du testament-partage.

I. — La ratification du conjoint survivant, non héritier du testateur, est difficile à concevoir.

Elle ne peut certainement pas résulter d'une simple expression de volonté, car on ne voit pas alors à quel titre les héritiers tiendraient les biens du conjoint survivant. Il ne pourrait s'agir du titre de copartagé par testament parce qu'il est exclu qu'une personne vivante confère ce titre à ses héritiers. Il ne s'agirait pas non plus du titre de copartagé par donation, un tel titre supposant l'existence d'un acte en forme de donation.

Mais le conjoint survivant peut-il couvrir la nullité de l'acte du conjoint prémourant en accordant aux héritiers un titre définitif sur ses biens propres inclus dans la répartition ?

(56) GUIHO, article précité. VOIRIN, note au J.C.P. 1947.II.3719.

(57) Angers, 25 janvier 1862, D. 1862.2.37. Caen, 15 juin 1863, S. 1864.II.292.

Ce titre sera la prescription si le conjoint survivant laisse les copartagés en possession des biens pendant un temps suffisant.

Le conjoint survivant pourrait encore leur en abandonner la propriété par donation simple ou par donation-partage reproduisant dans leur ensemble les attributions testamentaires du prémourant. Enfin, les héritiers trouveraient un titre d'acquisition, au décès du conjoint survivant, dans le legs ou dans le testament-partage de ce dernier, réalisé en conformité avec le testament-partage du conjoint prémourant.

Cependant, dans ces différents cas, il n'y a pas à proprement parler de ratification. La nullité de l'acte d'origine ne se trouve pas couverte car le caractère essentiellement personnel du testament interdit à la volonté du conjoint survivant de venir compléter la volonté du testateur.

En concédant aux enfants la propriété de ses biens, le conjoint survivant peut leur donner une satisfaction de fait qui les incitera à ne pas s'élever contre la répartition testamentaire du conjoint prémourant. Mais en droit, cette nullité paraît bien définitive et rien ne semble pouvoir arrêter l'action des enfants (58).

II. — La situation est différente, si le conjoint survivant est héritier du conjoint testateur. La jurisprudence décide, en effet, que l'héritier peut confirmer le legs nul de son auteur.

Cette règle résulte, dans certaines décisions, d'une application aux legs de l'article 1340 du Code civil aux termes duquel « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers, ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception » (59).

Pour d'autres décisions, le legs nul fait naître une obligation naturelle à la charge de l'héritier et la promesse d'exécution trans-forme cette obligation naturelle en obligation civile (60).

La confirmation de la répartition cumulative par le conjoint héritier du testateur est donc possible et doit arrêter l'action en nullité des enfants.

Dans tous les cas d'ailleurs, la nullité étant d'ordre privé, le testateur peut imposer sa répartition par des techniques coercitives.

(58) *Contra* JAOUEN, Thèse précitée.

(59) Civ., 16 juin 1869, D. 1869.1.478. Req. 9 juillet 1873, D. 1874.I.219.

(60) Trib. Civ. Seine, 4 février 1958, D. 1958.331.

b) *Clause pénale et charge.*

137. — Le testateur rend obligatoire la répartition qu'il a faite en l'imposant au conjoint survivant et aux héritiers par des charges ou clauses pénales.

I. — Le conjoint survivant est généralement héritier du testateur, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une disposition testamentaire du prédécédé. Mais le legs ou le partage de la chose de l'héritier n'est pas valable. La répartition de ses biens sera alors présentée comme la charge d'un legs à lui fait ou sera assortie d'une clause pénale le privant du bénéfice d'un legs pour le cas où il ne se soumettrait pas à la volonté de son conjoint.

II. — De même, par une clause pénale ou une charge, le testateur imposera aux copartagés de ne pas invoquer la nullité du testament-partage. Ces techniques de coercition sont valables même si certains héritiers sont incapables.

Toutefois, la réserve étant d'ordre public, le copartagé dont la réserve dans la succession du testateur est remplie en biens du conjoint survivant peut toujours attaquer le testament de ce chef, sans encourir la clause pénale. Son action serait arrêtée si le conjoint survivant lui délivrait les biens dans la mesure de sa réserve (61), car, au regard de la réserve des copartagés, les biens paternels et maternels sont équivalents (62).

Lorsque les époux étaient mariés sous un régime communautaire, le testament-partage peut comprendre non seulement les propres du conjoint survivant, mais également les biens de la communauté. Sa validité dépend alors de l'efficacité de la répartition testamentaire des biens communs entre les enfants et le conjoint survivant faite par le conjoint prémourant.

II. — *Testament-partage sur les biens communs.*

138. — La communauté représente souvent une part importante de la fortune des époux. Si le partage ne peut en être réalisé, la faculté reconnue par l'article 1075 du Code civil aux ascendants risque, dans bien des cas, de rester lettre morte.

Les biens communs ne sont cependant pas de ceux dont l'ascendant a la libre disposition, et le testament-partage de l'ascendant prémourant portant sur ces biens est, en principe, frappé de nullité.

(61) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1929.22048.

(62) Voir *infra*, n^{os} 170 et suiv.

Mais cette nullité prend sa source dans l'inefficacité de la répartition des biens communs et disparaît avec elle.

A. — *Principe de la nullité.*

Le testament-partage du prémourant sur les biens de la communauté peut se présenter sous deux formes différentes.

Dans certains cas, le testateur a compris directement des biens communs dans les lots des enfants, sans les distinguer de ses biens propres.

Dans d'autres cas, le testateur procède préalablement au partage de la communauté entre lui-même et son conjoint, puis il répartit entre les héritiers les biens qu'il s'était attribués et sur lesquels il est censé avoir les mêmes droits que sur ses propres.

En réalité, la différence entre ces deux types d'actes est plus apparente que réelle.

Lorsque le testateur fait des attributions directes de biens communs on pourra toujours considérer, si cela est nécessaire pour la validité de l'acte, qu'il a implicitement réalisé le partage préalable de la communauté.

Lorsque le testateur a fait explicitement le partage de la communauté, si un tel partage est sans valeur, on pourra le réputer non écrit et considérer que le testateur n'a fait que des attributions directes.

Quels que soient les termes de l'acte, ils n'excluent donc pas une certaine liberté de qualification, l'allotissement des copartagés en biens communs pouvant être considéré soit comme un partage de la communauté suivie de sa répartition, soit comme des attributions directes de biens communs.

Dans l'un et l'autre cas d'ailleurs, force sera de constater l'inefficacité de la répartition de la communauté en l'absence de techniques de coercition et, par conséquent, la nullité du testament-partage.

a) *Inefficacité du partage de la communauté.*

139. — Le testateur peut-il partager la communauté entre lui-même et son conjoint, puis répartir entre les enfants les biens qu'il s'est ainsi attribués ?

Dans le cas envisagé, le testateur partage la communauté pour le temps où il ne sera plus. Il ne s'agit donc pas d'un partage actuel des biens communs qui serait nul sans discussion car la liquidation anticipée de la communauté est contraire aux principes de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Au XIX^e siècle, la jurisprudence des Cours d'appel s'est montrée souvent favorable au partage de la communauté par un testateur pour réaliser un partage d'ascendant, en raison de l'intérêt pratique de l'opération, « considérant que l'usage de la faculté accordée par la loi aux père et mère de répartir leurs biens entre leurs enfants serait souvent incomplet et même impossible, si en vue de cette répartition, il ne leur était pas permis de déterminer et de s'attribuer d'une manière provisionnelle ce qui doit leur revenir dans la communauté » (63).

La Cour de cassation ne s'est pas laissée convaincre par ces raisons d'ordre pratique. Elle a condamné le partage testamentaire de la communauté en se plaçant sur le terrain du droit. Le bien-fondé de cette condamnation est certain, mais la jurisprudence n'a pas toujours su en déterminer les motifs. Il ne s'agit pas d'une nullité d'ordre public, mais d'ordre privé, fondée sur le défaut du pouvoir du testateur.

1) Absence de nullité d'ordre public.

La jurisprudence a fréquemment prononcé la nullité du partage testamentaire de la communauté pour des raisons d'ordre public.

I. — C'est tout d'abord l'immutabilité des conventions matrimoniales et l'interdiction de liquider la communauté par anticipation qui ont été invoquées pour condamner l'intervention du testateur dans le partage de la communauté.

« Attendu, déclare la Cour de cassation, qu'avant la dissolution, il n'appartient pas ni à l'un ni à l'autre des époux de déterminer de son chef l'importance de la communauté, d'en opérer la liquidation, de régler la répartition des biens qui la composent entre lui et son conjoint, et de disposer par acte de dernière volonté des effets de la communauté dont il aurait ainsi éventuellement composé son propre lot » (64).

Un autre arrêt de la Cour de cassation se réfère expressément à l'immutabilité des conventions matrimoniales : « attendu que les époux mariés sous le régime de la communauté ne peuvent, avant sa dissolution, faire entre eux la liquidation et la répartition des biens qui la composent... sans porter atteinte à l'immutabilité du pacte matrimonial » (65).

(63) Amiens, 9 décembre 1847, D. 1848.2.69.

(64) Civ., 13 novembre 1849, D. 1849.I.311. Voir aussi Civ. 1^{re}, 28 janvier 1953, précité.

(65) Civ., 23 décembre 1861, D. 1862.I.31.

Ces développements ont été repris par les tribunaux inférieurs (66). Il est cependant certain que l'acte ne porte pas atteinte au principe de l'article 1395 du Code civil.

D'une part, en effet, le testament, acte essentiellement unilatéral est impuissant à modifier les clauses matrimoniales de nature conventionnelle.

D'autre part, le testament produit ses effets au décès de son auteur, époque où la communauté est dissoute et où, par conséquent, l'immutabilité ne s'applique plus (67).

L'objection tirée de l'article 1395 du Code civil manque donc de pertinence.

II. — Une deuxième série d'objections invoquées par la jurisprudence est tirée des droits des époux.

D'après certains arrêts, le partage testamentaire de la communauté par la femme serait une atteinte à son droit d'option.

« Attendu que le droit de partager la communauté par testament ne saurait appartenir à la femme puisqu'aux termes de l'article 1463 du Code civil, tout acte impliquant de sa part l'exercice de sa faculté d'option avant la fin de la communauté, serait nul et non avenu » (68).

Mais cette objection n'a pas plus de force que la précédente.

Ce que prohibe l'article 1453, ce sont les conventions par lesquelles la femme se prive elle-même, ou prive ses héritiers, du droit d'option. Le testament est un acte unilatéral qui n'entre pas dans le cadre de cette prohibition. Porterait-il malgré tout atteinte au droit d'option des héritiers ? En aucune façon. Si les héritiers renoncent à la communauté, le partage qu'en a réalisé la femme tombera, à moins qu'il ne puisse encore valoir comme partage des propres du mari. Quant aux propres de la femme, les enfants les recueilleront *ab intestat*.

Le testament est fait sous « la condition implicite que les enfants acceptent, du chef de leur mère, la communauté ». « Il s'agit d'ailleurs d'une condition *stricto sensu* et non d'une charge » qui n'entrave en rien la liberté d'option des héritiers (69).

D'autre part, on a prétendu que le partage testamentaire de la communauté par le mari emportait renonciation de sa part aux droits que la loi lui a conférés en tant que chef de la communauté (70).

(66) Limoges, 20 octobre 1944, J.C.P. 1945.II.2853, note Voirin.

(67) Note Voirin sous Limoges, 20 octobre 1944, précité.

(68) Civ., 13 novembre 1849, précité. Limoges, 20 octobre 1944, précité.

(69) Note Voirin sous Limoges, 20 octobre 1944, précité.

(70) BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, Donations et testaments, t. II, n° 3585.

Mais le testament du mari ne produit effet que lorsque ses droits ont cessé.

C'est donc à tort qu'on invoque contre le partage testamentaire de la communauté des causes de nullité d'ordre public. En réalité, l'acte est seulement inefficace mais encore faut-il établir la cause de cette inefficacité.

2) Inefficacité.

140. — Certaines décisions de jurisprudence semblent, au moins dans leurs motifs, avoir été inspirées par l'idée que le partage testamentaire de la communauté était un acte imparfait, plus précisément une offre sans acceptation. Mais l'inefficacité de l'acte trouve son véritable fondement dans le défaut de pouvoir du testateur.

I. — Acte imparfait.

A l'appui de cette opinion, on a prétendu que le partage testamentaire de la communauté par un des conjoints était inefficace car le partage est un acte essentiellement conventionnel et que la participation de l'autre époux fait ici défaut.

Pour certains arrêts d'appel, l'adhésion au partage du conjoint survivant, ou des héritiers après le décès du testateur, rendrait l'acte parfait et efficace en réalisant l'échange des consentements. En attendant, le partage ne peut qu'être provisionnel (71).

La Cour de cassation a alors été amenée à déclarer à plusieurs reprises que « le partage de la communauté ainsi réglé à l'avance par le mari ne peut valoir, ni comme partage définitif, ni comme partage provisionnel » et que « l'acceptation et la ratification de la femme n'ont pu attribuer à ce partage les caractères et la force exécutoire d'un contrat devenu parfait seulement après la dissolution de la communauté entre elle et son conjoint ; qu'il ne saurait, en effet, y avoir de lien de droit que par le concours simultané des contractants, concours qui n'existe pas du moment où le décès de la partie qui la première a manifesté une intention de s'obliger a précédé le consentement ultérieur de l'autre partie » (72).

Ainsi a été annulé le partage testamentaire de la communauté par le mari, alors même que la femme survivante en avait accepté les termes (73). De même, a été prononcée l'annulation du partage

(71) Amiens, 9 décembre 1847, précité. Bourges, 13 février 1860, S. 1861.2.70 cassé par Civ., 23 décembre 1861, précité.

(72) Civ., 13 novembre 1849, précité.

(73) Même arrêt.

de la communauté fait en termes identiques par les deux époux dans leurs testaments respectifs (74). Il est vrai que, dans ce dernier cas, le caractère essentiellement unilatéral du testament était de toute façon incompatible avec l'échange de consentement. Il résulte donc de ces décisions que, pour la jurisprudence, le partage testamentaire de la communauté serait inefficace parce qu'imparfait en ce sens que le consentement de l'autre époux ferait défaut, ne pouvant être donné qu'après la mort du pollicitant.

Cette analyse est critiquable. En réalité, l'acte est inefficace en tant que partage de la chose d'autrui.

II. — Partage de la chose d'autrui.

141. — Il n'est pas exact, en effet, de dire que le partage est un acte essentiellement conventionnel. Il peut être réalisé unilatéralement par un tiers dont la volonté serait rendue efficace par une technique appropriée. Tel est le cas du juge ou de l'ascendant en vertu de la loi.

Le testateur qui partage la communauté se présente comme un tiers pour partager une indivision entre le conjoint survivant et les héritiers. Or si la loi permet à l'ascendant de répartir son patrimoine entre ses descendants pour le temps où il ne sera plus, rien ne l'autorise à partager l'indivision post-communautaire entre ses descendants et le conjoint survivant. Sa volonté est inopérante, à moins que l'acte ne contienne une technique propre à rendre efficace les actes sur la chose d'autrui.

Toutefois, la répartition des biens communs dans un partage d'ascendant pourrait être considérée comme un ensemble d'attributions directes de ces biens, et non plus comme un partage implicite ou explicite de la communauté. Dans cette optique, quelle serait l'efficacité de la répartition des biens communs ?

b) *Inefficacité des attributions directes des biens communs.*

I. — Application possible de l'article 1423 du Code civil .

142. — Dans cette perspective, on peut songer à subordonner l'efficacité de la répartition faite par le mari aux résultats du partage, conformément à l'article 1423 du Code civil aux termes duquel « si (le mari) a donné (par testament) un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet ne tombe point au lot de ses héritiers, le légataire

(74) Civ., 23 décembre 1861, précité.

a la récompense de la valeur totale de l'effet donné sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier ».

En effet, le législateur de 1938 a assoupli la règle de l'égalité en nature dans les partages d'ascendant. En particulier, l'omission d'un lot ou son insuffisance peuvent être compensées soit par des prélèvements de biens dans la succession *ab intestat* (art. 1077 C. civ.), soit par des soultes en argent (art. 1078 C. civ.).

L'article 1423 du Code civil semble donc s'insérer parfaitement dans le cadre de ces dispositions et s'accorder avec l'esprit de la réforme de 1938. Si un ou plusieurs lots ne peuvent, à la suite du partage de la communauté, s'exécuter en nature, les attributaires auront « la récompense de la valeur totale de l'effet donné » et le partage d'ascendant n'en sera pas moins valable. Cette récompense sera calculée au jour du décès.

Une telle solution ne s'appliquerait qu'au testament-partage du mari car l'article 1423 ne prévoit que cette hypothèse. On pourrait songer à étendre cette disposition au testament de la femme, en invoquant les pouvoirs que lui a conférés la loi du 22 septembre 1942 sur les biens communs. Mais la jurisprudence ne semble pas favorable à cette extension (75).

II. — Non application de l'article 1423 du Code civil par la Cour de cassation.

143. — La Cour de cassation s'est cependant refusée à admettre l'application de l'article 1423 à la répartition des biens communs par le mari.

1) Un arrêt de la Chambre civile en date du 28 janvier 1953 a déclaré « que l'inclusion des biens de communauté dans la masse à partager rendait impossible, au jour de l'ouverture de la succession du testateur, l'évaluation comparative des lots attribués à ses descendants, évaluation qui, cependant, comme le reconnaît l'arrêt (attaqué), doit avoir lieu à cette date. Qu'en effet, la part des descendants, héritiers copartagés et non légataires auxquels seuls sont susceptibles de s'appliquer les dispositions de l'article 1423 du Code civil, se détermine *ipso facto* au moment même du décès de l'ascendant et n'est sujette à aucune modification par suite du résultat futur et incertain du partage de la communauté » (76).

(75) Trib. Civ. Seine, 11 mai 1951, R.T.D.C. 1951.541. En faveur de l'extension : PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 562, p. 737. L'article 1437 du projet de Réforme étend l'indemnisation en valeur aux legs et donations de l'un ou l'autre époux, lorsque le bien ne tombe pas au lot des héritiers du disposant.

(76) Civ. 1^{re}, 28 janvier 1953, précité.

2) Les motifs invoqués par la Cour de cassation pour condamner la solution de la Cour d'appel s'inspirent de considérations relatives au domaine d'application de l'article 1423 du Code civil et à la nature du partage d'ascendant.

I. — La Cour déclare que l'article 1423 s'applique aux légataires, mais non aux héritiers copartagés.

Il est certain que le texte n'a été écrit que pour les legs, mais il ne constitue que la mise en œuvre aménagée du principe général de l'effet déclaratif du partage. Rien ne paraît interdire d'en étendre le domaine d'application aux attributions faites par partage d'ascendant. D'ailleurs, on soumet parfois les donations au régime de l'article 1423 (77). Sur ce point, la Cour affirme sans prouver.

Certes, le texte déroge au mécanisme normal de l'effet déclaratif puisque le légataire a droit à la valeur du legs si l'effet légué ne tombe pas au lot des héritiers du mari. On peut songer à fonder l'interprétation restrictive du texte sur son caractère exorbitant. Mais on est inévitablement conduit à préconiser le jeu normal de l'effet déclaratif, dans lequel aucune récompense n'est prévue. Or telle n'est pas la solution de la Cour de cassation, qui annule purement et simplement les attributions et, par suite, le partage d'ascendant. Cette solution paraît illogique dans la mesure où elle fait preuve de plus de sévérité pour les attributions que pour les legs, alors que les attributions ne réalisent qu'une répartition de biens à l'exclusion de toute transmission.

II. — Il reste à savoir si le partage d'ascendant peut s'accommoder du mécanisme prévu par l'article 1423 du Code civil. La Cour ne l'a pas pensé et c'est sans doute là le véritable fondement de sa décision. Tout d'abord, dit la Cour, les lots composés de biens communs ne pourraient être évalués au jour du décès du testateur, alors que la loi exige que l'égalité des parts soit établie à cette époque. Une telle évaluation ne paraît cependant pas impossible. Certes, pour le partage de la communauté, les biens qui en font partie sont évalués au jour le plus proche de ce partage. Mais, on pourrait concevoir qu'une autre estimation, au jour du décès, permette de connaître la valeur des lots comprenant les biens communs. Ces derniers seraient donc évalués deux fois : au moment du décès et au moment du partage de la communauté, mais cette double évaluation ne soulève aucune objection, ni difficulté : elle

(77) Voir article 1437 du Projet de Réforme.

est à rapprocher de la double évaluation nécessaire pour l'attribution de l'exploitation agricole (78).

Peut-être faut-il alors attacher une importance particulière à l'autre motif donné par la Cour, d'après lequel « la part des descendants... se détermine *ipso facto* au moment même du décès de l'ascendant et n'est sujette à aucune modification, par suite du résultat futur et incertain du partage de la communauté ».

Si, en effet, on applique l'article 1423 aux attributions de biens communs, la situation de certains héritiers risque d'être remise en question après le décès. La Cour a peut-être voulu éviter ce bouleversement du contenu de leurs droits, d'autant plus que le partage d'ascendant, en partie au moins, est une distribution de réserve.

Par ailleurs, il faut reconnaître que la compensation en argent, calculée d'après la valeur des biens au décès et payée après le partage de la communauté, risque, en période d'instabilité monétaire, d'être très insuffisante pour indemniser l'héritier dépouillé de son lot.

Toutes ces raisons n'ont cependant pas paru assez fortes à la doctrine pour approuver la solution de la Cour de cassation. M. Savatier remarque que sa logique « rigoureuse et subtile, semble pourtant en retard sur l'évolution de l'attitude du législateur à l'égard du partage d'ascendant » (79).

On peut d'ailleurs se demander s'il était bien nécessaire de faire appel à l'article 1423 du Code civil pour essayer de sauver le testament-partage du mari et si le régime du partage d'ascendant n'est pas devenu suffisamment souple pour s'accomoder de l'inefficacité totale des attributions de communauté. L'enfant dépouillé de tout ou partie de son lot serait considéré comme un enfant lésé ou omis et pourrait être indemnisé en valeur ou en biens restant dans la succession *ab intestat* (80).

La jurisprudence ne semble toutefois pas s'orienter dans ce sens. Dans son état actuel, elle déclare sans valeur les attributions des biens communs. Il en résulte que le testament-partage du conjoint prémourant, comprenant des biens communs, est frappé de nullité.

(78) VOIRIN, note précitée.

(79) SAVATIER, R.T.D.C. 1953.565 ; R.T.D.C. 1954.523.

(80) Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 241 et suiv.

B. — *Cas de validité.*

144. — La répartition des biens communs devient efficace dans les mêmes conditions que tous les actes sur la chose d'autrui. Dans ce cas, la nullité du testament-partage cumulatif se trouve couverte.

a) *Renonciation de la femme.*

Si la femme renonce à la communauté, le mari devient rétro-activement propriétaire des biens communs et son testament-partage se trouve validé. Mais la confusion des successions disparaît puisque le mari ne répartit que ses propres.

La femme ne pourrait pas renoncer seulement aux biens compris dans le partage du mari pour le valider, car les renonciations partielles sont prohibées (81).

b) *Ratification.*

La ratification du testament-partage comprenant des biens de communauté doit être l'œuvre de tous ceux qui ont des droits dans la communauté dissoute, à savoir, le conjoint survivant et tous les héritiers. La ratification par le conjoint survivant seul, ou par les héritiers seuls, serait inopérante (82).

Cette ratification ne constitue pas un pacte sur succession future. Elle s'analyse en un partage de la communauté fait par les indivisaires sur le modèle du partage contenu dans le testament.

c) *Clause pénale.*

Une clause pénale peut être prévue dans l'acte. Elle doit être édictée à l'encontre de tous les ayants droit de la communauté : les enfants communs et le conjoint survivant.

Le conjoint survivant sera privé de son droit *ab intestat*, ou d'un legs à lui fait, s'il s'élève contre le testament.

Les héritiers, dans le même cas, seront privés de la quotité disponible. Mais à l'égard de ces derniers, en ce qui concerne la validité de la clause pénale, il faut distinguer le testament du mari et le testament de la femme.

1) Testament du mari.

La jurisprudence et la doctrine admettent la validité de la clause pénale même si certains indivisaires sont incapables (83).

(81) Bordeaux, 8 août 1850, D. 1851.2.143.

(82) Civ., 23 décembre 1861, précité.

(83) Voir *supra*, n° 125.

La clause pénale laisse intact le droit d'option de la femme. Si elle renonce, le testament acquiert pleine efficacité puisque le mari est censé avoir été toujours propriétaire des biens communs. Si elle accepte la communauté, le testament s'impose à elle et aux enfants communs par l'effet de la clause pénale.

2) Testament de la femme.

Dans ce cas, le partage de la communauté a lieu entre le mari et les héritiers. Or ces derniers exercent leur droit d'option comme la femme. On a alors soutenu que la clause pénale oblige les enfants à accepter la communauté, car leur renonciation, anéantissant la répartition de la testatrice, ferait jouer la clause pénale. Elle tend donc à dépouiller les héritiers de leur liberté d'option, à laquelle la loi reconnaît un caractère d'ordre public (84).

« La testatrice, écrit un auteur, en l'édicant, s'est placée en dehors de la légalité, sinon par le but qu'elle poursuit, du moins par les moyens qu'elle emploie pour atteindre ce but » (85). Cette opinion ne paraît pas exacte car la clause pénale ne doit pas jouer à l'encontre des héritiers qui renoncent à la communauté.

D'une part, elle n'a pas été prévue pour cette hypothèse, mais seulement pour le cas où un héritier intenterait l'action en nullité fondée sur la répartition par la testatrice des biens dont elle n'a pas la libre disposition.

D'autre part, la répartition n'est nullement mise en cause par la renonciation des héritiers à la communauté.

Par l'effet de cette renonciation, la testatrice est censée avoir partagé non plus les biens communs, mais les propres du mari. Un tel acte est nul, mais l'action en nullité des héritiers peut être empêchée par une clause pénale. Or cette clause existe : c'est celle qui était prévue dans l'acte initial et qui subsiste malgré la renonciation des héritiers à la communauté.

Les héritiers qui renoncent à la communauté ne subissent pas la clause pénale. Sa validité n'est donc pas douteuse. Elle a pour unique fonction d'interdire aux copartagés d'invoquer la nullité de la répartition testamentaire des biens communs ou, s'ils renoncent, des propres du conjoint de la testatrice.

d) Charge.

Enfin la répartition des biens communs serait encore valable si elle pouvait être considérée comme une charge imposée au

(84) Limoges, 20 octobre 1944, précité.

(85) Note Voirin sous Limoges, 20 octobre 1944, précité.

conjoint survivant et aux héritiers. La charge doit être expresse même à l'égard des héritiers, car le testament ne porte pas sur des biens indivis entre le testateur et les héritiers, mais sur la communauté indivise entre les héritiers et le conjoint du testateur.

Toutefois, même en l'absence de charge expresse, on peut se demander si les héritiers seraient encore en droit de critiquer le testament du conjoint prémourant, après le décès des deux époux, lorsque la communauté n'a pas été partagée entre les enfants et le conjoint survivant.

En effet, la transmission aux copartagés de la succession du conjoint survivant a fait cesser l'indivision post-communautaire, de telle sorte que tout partage en est désormais inconcevable et que l'effet déclaratif (ou le jeu de l'article 1423 C. civ.) ne viendra jamais mettre en cause la validité du testament du conjoint prémourant. Il y a, dans cette situation, tous les éléments de la charge implicite reconnue par la jurisprudence lorsqu'il s'agit du testament du conjoint survivant sur les biens communs (86).

*
**

145. — Dans la plupart des cas, le testament-partage cumulatif est donc frappé de nullité. Seul échappe à cette règle le testament-partage réalisé par l'ascendant survivant sur les biens de la communauté dissoute.

Mais le testateur peut facilement assurer une pleine validité à son testament-partage cumulatif. Il suffit de rendre obligatoire, par des charges ou clauses pénales, la répartition contenue dans l'acte des biens dont il n'a pas la libre disposition. Les copartagés s'abstiendront alors d'invoquer la nullité pour ne pas encourir les sanctions prévues.

Beaucoup plus incertaine est la validité du partage testamentaire effectué non plus par un seul, mais par les deux époux, sous forme de testament-partage conjonctif.

Sous-section 2.

Confusion successorale réalisée par les testaments des deux époux.

146. — Si le défaut de droit du testateur constitue l'obstacle majeur à l'efficacité du testament-partage cumulatif on pourrait

(86) Voir *supra*, n^{os} 127 et suiv.

penser que la collaboration des deux époux lève l'objection et que le testament-partage conjonctif est pleinement valable.

Mais la collaboration testamentaire des époux se heurte à la prohibition de l'article 968 du Code civil : « Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle ».

Cette règle, interprétée par la jurisprudence comme une règle de forme et comme une règle de fond, rend impossible la collaboration technique des époux en vue de la répartition testamentaire de leurs biens sans distinction d'origine.

Nous établirons d'abord cette incompatibilité de la confusion testamentaire avec la dualité d'auteurs, pour déterminer ensuite la situation des héritiers lorsque les deux époux ont réalisé des testaments-partages cumulatifs conformes l'un à l'autre.

§ 1. — RÉALISATION TECHNIQUE DE LA CONFUSION TESTAMENTAIRE PAR LES DEUX ÉPOUX.

147. — La validité du partage testamentaire conjonctif doit être examinée au regard de la prohibition de l'article 968 du Code civil considérée en son double aspect de règle de forme et règle de fond.

I. — *L'article 968 du Code civil comme règle de forme.*

En tant que règle de forme, l'article 968 signifie que deux testaments ne peuvent être matériellement conjoints. Un même instrumentum ne peut contenir plusieurs testaments. La jurisprudence décide en effet que l'article 968 prohibe les testaments contenus dans le même acte, par exemple « en un seul contexte suivi de deux signatures ». La nullité est alors absolue.

Mais les testaments sont valables en la forme, bien que rédigés le même jour et en contemplation l'un de l'autre, s'ils sont écrits sur des feuillets différents (87).

Il en résulte que le partage conjonctif ne peut être réalisé que par deux testaments, chacun complet en la forme, soit que chaque testament se contente de répartir les biens du testateur, soit que chacun contienne à lui seul la répartition entière de tous les biens confondus. Mais alors intervient la règle de fond de l'article 968,

(87) Civ., 25 février 1925, précité.

qui frappe de nullité l'une et l'autre de ces combinaisons, de telle sorte que l'ensemble formé par les deux testaments ne peut pas avoir plus de validité que chaque testament considéré seul.

II. — *L'article 968 du Code civil comme règle de fond.*

La prohibition de l'article 968 signifie comme règle de fond que la volonté testamentaire a un caractère essentiellement unilatéral et que plusieurs expressions de volonté testamentaire restent indépendantes l'une de l'autre sans pouvoir se valider l'une l'autre, ou se compléter. Ces principes trouvent leur application en cas de testaments complémentaires et de testaments conformes.

A. — *Testaments complémentaires.*

148. — La première conséquence de la prohibition de l'article 968, considérée comme règle de fond, est que deux testaments ne peuvent se compléter. Si chaque testament répartit seulement les biens de son auteur, il n'est pas possible de considérer que l'ensemble forme une répartition unique.

On peut toutefois se demander si la loi du 7 février 1938 modifiant l'article 1080 du Code civil, n'a pas entendu consacrer la validité d'une telle répartition. On sait que l'article 1080 nouveau dispose que « l'action (en réduction ou rescision) ne peut être introduite qu'après le décès... du survivant des ascendants s'ils ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus en une même masse ». Le texte ne distingue pas entre la donation-partage et le testament-partage et on en a parfois conclu que le législateur avait entendu consacrer la validité des testaments-partages complémentaires faits par les deux époux.

M. Léauté écrit ainsi que depuis 1938, « chaque testament-partage peut se borner à répartir les biens du seul testateur et éviter le risque d'annulation. L'article 1080 créera néanmoins le lien entre les actions en rescision et en réduction caractéristique de la conjonctivité » (88).

Mais l'opération est difficilement concevable. Le testament-partage du prémourant, portant répartition inégalitaire des biens de son auteur, encourra la rescision pour lésion. Il est, en effet, impossible de tenir compte, entre les deux décès des époux, de la répartition complémentaire du conjoint survivant, puisque le testament de ce dernier ne prend effet qu'à sa mort. Pour la même

(88) LÉAUTÉ, article précité, J.C.P. 1951.I.924.

raison, on ne peut prétendre repousser au décès du conjoint survivant les actions en nullité dirigées contre le premier testament-partage en invoquant l'article 1080 du Code civil. Le testament-partage du conjoint prémourant est donc condamné et, avec lui, la combinaison entière.

Tout au plus, pourrait-on concevoir que le testament complémentaire du conjoint survivant couvre les nullités du testament du conjoint prémourant que les enfants ne pourraient plus attaquer après le deuxième décès. Est-ce là le sens de l'article 1080 du Code civil ? Il ne le semble pas. Le texte vise manifestement des actes pour lesquels le report de l'action au deuxième décès est possible, ce qui n'est pas le cas pour une répartition réalisée par testaments-partages complémentaires, puisque le testament du conjoint survivant est sans effet entre les deux décès. On doit en déduire qu'aucune allusion n'est faite, dans l'article 1080, à la confusion testamentaire.

Le partage des successions confondues par testaments complémentaires n'est donc pas valable.

B. — *Testaments conformes.*

149. — Dans ce cas, chacun des testateurs réalise dans son testament la répartition complète des successions confondues, comprenant les biens paternels et maternels. Les deux testaments sont indépendants en la forme, mais se reproduisent dans leurs dispositions.

a) Chacun des testaments est nul comme portant sur la chose d'autrui et il n'est pas possible de considérer que les deux dispositions se couvrent l'une l'autre et ne disposent pas dans leur ensemble d'un seule chose qui soit à autrui. L'article 968 du Code civil considéré comme une règle de fond s'oppose en effet à ce qu'on puisse regarder les testaments comme une opération juridique unique. C'est ce qu'a déclaré la Cour de cassation : « Des testaments distincts, quoique faits le même jour et contenant des dispositions corrélatives et réciproques doivent être examinés séparément et indépendamment l'un de l'autre, lorsqu'il est question de statuer sur leur validité et leurs effets » (89).

b) Cependant, conformément aux principes étudiés, la nullité qui frappe chacun des testaments n'est que relative. Chaque ascendant peut donc édicter une clause pénale à l'encontre du copartagé

(89) Civ., 11 décembre 1867, D.P. 1867.I.471. SAVATIER, note Civ., 25 février 1925, précité.

qui se prévaudrait de la nullité. Ainsi les deux testaments s'imposent aux héritiers (90).

Un seul testament assorti d'une clause pénale aurait d'ailleurs suffi à imposer la répartition. Cependant, les deux testaments édictent une sanction plus forte, puisqu'ils privent l'héritier récalcitrant de sa part de quotité disponible dans l'une et l'autre succession. La répartition présente donc une solidité plus grande.

Le même résultat serait obtenu avec des charges explicites contenues dans l'un et l'autre testament.

La confusion successorale résulte donc de deux actes indépendants, chacun étant efficace en soi grâce aux charges et aux clauses pénales. Les effets des deux testaments s'ajoutent dans la sanction mais ne se combinent pas dans la répartition. Cette indépendance des deux testaments marque fortement le régime juridique de la répartition globale.

§ 2. — RÈGLES APPLICABLES A LA RÉPARTITION GLOBALE RÉALISÉE PAR TESTAMENTS CONFORMES.

150. — Du vivant des deux ascendants, les testaments ne produisent aucun effet, conformément au droit commun, chacun reste révocable par son auteur.

C'est pendant la période comprise entre les deux décès des ascendants que des difficultés peuvent surgir.

I. — *Modifications du testament-partage du conjoint survivant.*

a) La révocation, sans dispositions nouvelles, de son testament par le conjoint survivant a peu d'incidence sur la répartition, car le testament-partage du prémourant reste obligatoire grâce à sa clause pénale. La répartition s'impose seulement avec moins de force aux enfants puisqu'ils n'encourent plus que la privation de la quotité disponible de la première succession s'ils attaquent le testament du prémourant.

b) La modification du testament du survivant, fait apparaître entre les deux testaments une contrariété qui rend impossible l'exécution de l'un et de l'autre. Les héritiers peuvent alors s'entendre pour écarter les deux testaments sans encourir les clauses pénales qui doivent être réputées non écrites. A défaut d'accord, le tribunal

(90) Civ., 25 février 1925, précité.

constatera l'impossibilité d'exécution mais, de toute façon, les clauses pénales doivent être écartées (art. 900 C. civ.).

II. — *Droit des copartagés entre les deux décès.*

151. — Le testament du prémourant prend effet au moment de son décès. La clause pénale interdit aux héritiers de l'attaquer comme comprenant les biens du conjoint survivant, sous peine d'exhérédation de la quotité disponible. Mais les héritiers peuvent exiger leur réserve dans la première succession.

A. — *Composition de la réserve.*

La réserve des descendants étant intangible, le testament-partage du conjoint prémourant ne peut les priver de leurs droits de réservataires. Par l'effet de la confusion successorale, la réserve est alors due non en nature, mais en valeur (91) « l'enfant sera rempli de sa réserve dans la succession du prédécédé dès qu'il aura reçu lors de l'ouverture de cette succession une quantité de biens correspondant à la valeur de cette réserve, sans qu'on ait à examiner s'il s'agit en réalité de biens paternels ou maternels » (92).

Lorsque ces conditions ne sont pas réunies, le copartagé peut attaquer le testament sans encourir la clause pénale car son droit à la réserve est d'ordre public.

L'action en réduction est recevable dès le premier décès sans qu'on puisse lui opposer le report au deuxième décès prévu par l'article 1080 du Code civil, puisque, avant le décès du conjoint survivant, le testament-partage de ce dernier n'a pas d'existence juridique et ne peut justifier le report des actions dirigées contre le premier testament.

B. — *Délivrance de la réserve.*

Si la réserve de certains copartagés dans la première succession est remplie en tout ou en partie par des biens du conjoint survivant, ils peuvent se contenter d'une simple jouissance de fait sur ces biens. Au décès du conjoint survivant, le testament de ce dernier viendra leur donner un titre définitif.

Mais ils doivent pouvoir exiger que le conjoint survivant leur confère un titre définitif dès avant son décès, sous peine d'attaquer

(91) Voir *infra*, n° 175.

(92) SAVATIER, article précité R.G.N. 1929.22048.

le testament sans pour cela encourir la clause pénale (93). L'ascendant survivant les fera alors bénéficier d'une donation en avancement d'hoirie ou d'une donation-partage reprenant dans son ensemble la répartition contenue dans le testament du prémourant. Si les enfants refusent de recevoir les biens, ils subiront la sanction.

Les copartagés sont donc en droit d'attaquer librement le testament-partage du prémourant s'ils ne sont pas effectivement remplis de leur réserve.

Tels sont les principes applicables à la répartition réalisée par testaments conformes. Les deux testaments restent indépendants mais sur un point leurs effets s'ajoutent : les copartagés qui ne se soumettent pas à la volonté des ascendants et font tomber la répartition encourront la privation des deux quotités disponibles.

152. — Le partage par testaments conformes présente certaines supériorités par rapport à la donation-partage conjonctive.

1° Le conjoint survivant peut révoquer le partage en modifiant son testament. Cette solution, qui n'était pas admise dans l'ancien droit (94) présente en fin de compte plus d'avantages que d'inconvénients (95). Si survient un événement familial nouveau, ou si les héritiers manifestent de l'ingratitude après le décès du prémourant, ou pour toute autre cause, le conjoint reste libre de prendre les mesures qui s'imposent. Au contraire, la donation-partage n'est révocable que pour des clauses limitativement énumérées.

2° Le testament-partage conjonctif offre tous les avantages du testament, parmi lesquels surtout son caractère secret et le fait que les époux peuvent régler la répartition de leurs biens sans s'en dessaisir, sauf que le conjoint survivant doit délivrer ses biens pour remplir les héritiers de leur réserve dans la première succession.

3° Le domaine de réalisation du partage testamentaire est plus vaste que celui du partage entre vifs.

Il est possible en régime dotal puisque la dotalité cesse lorsque le testament produit effet.

Enfin la confusion successorale par testaments conformes est encore seule possible lorsque l'un des conjoints est atteint d'une incapacité qui lui interdit de donner entre vifs sans l'empêcher de tester : c'est le cas du mineur de seize ans (art. 904 C. civ.), de l'interdit légal ou de l'ascendant pourvu d'un conseil judiciaire.

(93) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1929.22048.

(94) Article 77, ordonnance de 1735.

(95) BILLEY, Thèse précitée, n° 144.

*Section 2.***Donation-partage.**

153. — La donation-partage de successions confondues peut être cumulative ou conjonctive (96) ; conformément à la terminologie adoptée, nous appellerons « cumulative » la donation-partage faite par un seul époux et répartissant des biens de différentes origines ou seulement des biens communs, et « conjonctive », la donation-partage faite par les deux époux en collaboration quelle que soit l'origine des biens répartis.

La validité de l'acte est largement dominée par la technique utilisée, qui est celle de la donation. Le problème essentiel est donc de savoir si une donation peut porter sur des biens dont son auteur n'a pas la libre disposition, et si les époux, ou le conjoint survivant et les enfants peuvent collaborer à la confection d'une même donation.

Pendant le mariage, les pouvoirs respectifs des époux à cet égard sont définis par les règles de leur régime matrimonial.

Le décès de l'un des conjoints fait cesser le régime qui devient inapplicable dans les rapports entre le conjoint survivant et les enfants.

Nous distinguerons donc la confusion successorale réalisée du vivant des époux, et la confusion successorale réalisée par le conjoint survivant.

*Sous-section 1.***Donation-partage de successions confondues
du vivant des époux.**

154. — La validité de l'acte est dominée par les règles des régimes matrimoniaux. D'une manière générale, la validité de la donation-partage conjonctive est la règle, celle de la donation-partage cumulative l'exception. Mais il faut envisager séparément le cas des biens propres, des biens communs et des biens dotaux.

(96) L'expression « succession » est entendue ici *lato sensu* et se justifie, dans l'optique de l'étude, par le caractère de « masse successorale » conféré par anticipation aux biens distribués par donation-partage.

§ 1. — PROPRES DES ÉPOUX.

I. — *Donation-partage conjonctive.*

La validité de la donation-partage conjonctive répartissant les propres des époux sans distinction d'origine n'a jamais été mise en doute. Les époux peuvent certainement participer à une même donation-partage pour distribuer l'ensemble des biens dont ils ont la libre disposition.

D'ailleurs le Code prévoit lui-même cette collaboration des époux à un même acte dans l'article 1438 du Code civil qui les autorise à doter conjointement l'enfant commun (97). S'ils peuvent faire une donation conjointe, ils peuvent aussi bien faire une donation-partage conjonctive : dans les deux cas, en effet, la technique utilisée est la même (98).

Les biens dont les époux ont la libre disposition et qu'ils peuvent ainsi réunir dans une donation-partage varient avec les régimes.

Sous le régime dotal, le mari dispose librement de ses biens propres et la femme de ses paraphernaux. En régime communautaire, les époux peuvent réunir leurs propres pour les distribuer. Enfin, dans tous les cas, la femme dispose librement de ses biens réservés (99).

II. — *Donation-partage cumulative.*A. — *Principe de la nullité.*

155. — Un ascendant ne peut comprendre les biens propres de son conjoint dans une donation-partage. Un tel acte, portant partiellement sur des biens dont l'auteur n'a pas la libre disposition, serait frappé de nullité.

L'action en nullité appartient aux enfants et se prescrit par trente ans à compter du jour où l'acte a été fait.

(97) Article 1520, Projet de Réforme.

(98) Si certains bénéficiaires de la donation-partage conjonctive sont mineurs, chaque ascendant peut accepter en leur nom, conformément à l'article 935 Code civ., la libéralité faite par son conjoint et réciproquement. Voir entre autres, Poitiers, 20 février 1861, D. 1861.2.93.

(99) Le Projet de Réforme prévoit toutefois que la femme commune en biens ne pourra disposer à titre gratuit de ses biens réservés qu'avec le consentement du mari (art. 1401, al. 2). Il en sera de même sous le régime de la participation aux acquêts (art. 1401, al. 6).

D'autre part, la disposition des biens du conjoint est inopposable à ce dernier. Il n'a pas à en tenir compte et peut revendiquer sa chose sans même provoquer la nullité de l'acte (100).

B. — *Cas de validité.*

La donation-partage cumulative peut toutefois acquérir pleine validité dans certains cas.

a) *Ratification du conjoint.*

Il en est ainsi lorsque le conjoint du donateur ratifie l'acte. Cette ratification est certainement possible, puisque la donation-partage conjonctive est valable. Elle couvre le vice de la donation-partage cumulative qui devient alors conjonctive.

b) *Clause pénale.*

156. — Le donateur pourrait-il insérer une clause pénale dans la donation-partage cumulative pour forcer les héritiers et son conjoint à respecter sa répartition ?

Rien ne semble s'opposer à ce qu'il prive les héritiers d'une donation au cas où ils agiraient en nullité. La même sanction peut être édictée contre le conjoint qui refuserait de se plier à la volonté du donateur. Une donation peut, en effet, être utilisée pour imposer au gratifié une prestation ou une abstention non contraire à l'ordre public. Or ici, il s'agit d'une nullité née du défaut de droit du donateur et, par conséquent, d'intérêt privé.

Il est moins certain que le donateur puisse priver les héritiers ou le conjoint de leurs droits successoraux, même, en ce qui concerne les héritiers, dans la limite de la quotité disponible.

Une telle clause a parfois été admise (101), mais sa validité a été récemment contestée en doctrine et en jurisprudence.

Insérée dans une donation-partage, en effet, la clause pénale est une disposition de caractère contractuel ayant pour objet les droits héréditaires des copartagés dans la succession de l'ascendant. Elle constitue donc un pacte sur succession future.

Certes la donation-partage est elle-même un pacte sur succession future autorisé par la loi. Mais cette autorisation est exceptionnelle et spéciale : elle vise le cas où l'ascendant répartit sa succession entre ses descendants. On ne saurait en conclure que la dona-

(100) PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 613, p. 777.

(101) BILLEY, *op. cit.*, n° 105, p. 96. Besançon, 16 janvier 1846, précité. D'après cet arrêt la clause pénale est valable même à l'égard des mineurs.

tion-partage est un cadre susceptible de recevoir toutes catégories de pactes sur successions futures qui se trouveraient, de ce fait, validés (102).

Pour que la clause pénale soit valable, il faudrait qu'elle constitue un accessoire à la validité de la donation-partage. Tel n'est pas le cas (103).

D'une part, la clause pénale est un pacte d'un autre ordre que la donation-partage. Cette dernière permet de régler la répartition des biens de l'ascendant, alors que la clause pénale réalise une disposition de biens.

D'autre part, elle n'est pas nécessaire à la donation-partage en ce sens qu'elle n'en garantit pas absolument la validité. Les enfants restent libres d'attaquer l'acte en subissant la sanction. « Elle freine sans les paralyser les actions en nullité » (104).

Aussi la Cour de Lyon a-t-elle jugé que la clause pénale ne peut jouer en cas de succès de l'action en nullité de la donation-partage, car « en admettant qu'elle survive isolée à l'anéantissement de l'acte qui la contient, (elle) serait elle-même frappée de nullité... en vertu de l'article 1130 du Code civil (105).

Les héritiers qui attaqueraient la donation-partage d'un ascendant comprenant les biens de son conjoint n'encourraient donc pas la clause pénale.

Ainsi, seule la ratification du conjoint du donateur peut sauver la donation-partage cumulative de la nullité.

§ 2. — BIENS COMMUNS.

157. — La validité de la donation-partage des biens communs, comme celle de la donation simple, exige la participation des deux époux à l'acte. La répartition par un seul époux n'est possible qu'exceptionnellement.

I. — *Donation-partage conjonctive de biens communs.*

Anciennement, la validité de la donation-partage conjonctive des biens communs a été niée par certaines Cours d'appel. Bien que la controverse ait un caractère historique, la validité de l'acte

(102) WAHL, note sous Besançon, 10 mars 1897, S. 1899.2.169.

(103) Lyon, 6 mai 1952, J.C.P. 1953.II.7760, note Voirin.

(104) VOIRIN, note précitée.

(105) Lyon, 6 mai 1952, précité.

n'étant plus contestable aujourd'hui, il n'est pas inutile d'en rappeler les termes essentiels.

A. — *Validité en jurisprudence.*

Les arguments invoqués contre la donation-partage conjonctive de biens communs ont été écartés par la jurisprudence.

a) Un tel acte, a-t-on dit, est contraire à l'article 894 ou à l'article 1453 du Code civil.

En effet, la transmission des biens au profit des donataires copartagés doit être actuelle et irrévocable. Si la femme consent une telle transmission, elle ne peut le faire qu'en perdant sa faculté de renoncer à la communauté lors de sa dissolution. Or l'aliénation de son droit d'option est nulle, d'une nullité d'ordre public.

Admettra-t-on au contraire que la femme conserve son droit de renoncer à la communauté malgré sa participation à la donation-partage ? Dans ce cas, la femme fait une libéralité sous une condition purement potestative, nulle aux termes de l'article 944 du Code civil.

Mais en réalité, la participation de la femme ne compromet pas son droit d'option. Cette option joue seulement comme une condition résolutoire à l'égard de sa contribution. D'autre part, les copartagés sont définitivement saisis des biens compris dans l'acte conformément à l'article 894 du Code civil. Seule subsiste une incertitude sur la contribution respective des époux à la donation-partage (106).

b) Par ailleurs, on ne saurait prétendre que la donation-partage conjonctive de biens communs réalise un partage anticipé de la communauté (107).

En effet, la donation-partage est translatrice avant d'être réparative, de telle sorte que, lorsque le partage a lieu, les biens compris dans l'acte sont déjà sortis de la communauté par donation. Ce n'est donc pas la masse commune qui est partagée (108).

Finalement, aucune objection ne s'élève contre la donation-partage conjonctive des biens communs (109).

(106) Req. 31 juillet 1867, D. 1868.I.209. Poitiers, 16 février 1885, D. 1886.2.38.

(107) *Contra* les motifs erronés de Limoges, 29 novembre 1897, D. 1902.2.97, note De Loynes.

(108) VOIRIN, note sous Civ., 28 janvier 1953, précité.

(109) Req. 5 février 1850, D. 1850.I.97.

B. — *Consécration législative.*

Au surplus, la validité de l'acte se recommande de dispositions législatives.

Il résulte des articles 1422 et 1438 du Code civil que les époux peuvent s'associer pour donner des biens communs (110). La même solution doit être admise pour la donation-partage qui emprunte sa technique à la donation.

Et surtout, l'article 1080 du Code civil, en parlant du partage des biens confondus fait ensemble par les deux ascendants, confère à la donation-partage conjonctive une incontestable consécration législative.

II. — *Donation-partage des biens communs par un seul époux.*

158. — L'acte est nul en principe, sauf cas exceptionnels où la loi permet à l'un des époux de disposer seul des biens communs.

A. — *Principe de la nullité.*

La donation-partage d'un époux comprenant des biens communs est nulle pour le tout, comme portant sur des biens dont il n'a pas la libre disposition (111).

Le conjoint donateur ne pourrait pas procéder, dans l'acte, au partage de la communauté et s'attribuer ainsi la disposition de certains biens communs pour les répartir entre les enfants, un tel partage anticipé étant contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (112).

La nullité peut être invoquée par le conjoint de l'auteur de l'acte et par les copartagés.

a) *Action des époux.*

Le mari peut certainement agir en nullité immédiatement contre la donation-partage de la femme, car il possède un droit propre et actuel sur les biens communs.

Il en serait de même pour la femme, depuis la loi du 22 septembre 1942, d'après certains auteurs, cette dernière ayant

(110) Articles 1435 et 1520 du Projet de Réforme.

(111) Limoges, 29 novembre 1897, précité.

(112) Même arrêt.

désormais, en vertu de l'article 1422 nouveau, un droit actuel sur les biens communs (113).

Cette opinion n'est toutefois pas unanimement admise. La doctrine dominante continue de soutenir le principe traditionnel « *uxor non est propria socia...* » et enseigne que la participation de la femme exigée par le nouveau texte ne constitue qu'un simple réaménagement des pouvoirs par l'exercice desquels est administrée la communauté » (114).

La femme doit alors attendre la dissolution de la communauté et ne peut agir que si elle accepte. Le bien donné par le mari est inclus dans la masse partageable et la nullité de la donation faite par le mari seul n'est prononcée que si le bien est mis dans le lot de la femme. Les mêmes règles doivent s'appliquer à la donation-partage et à la donation ordinaire (115).

b) *Action des héritiers.*

Les héritiers copartagés ont une action en nullité pour faire tomber la donation-partage faite par l'ascendant sur les biens communs. Cette action dure trente ans à compter du jour de l'acte.

Toutefois, leur action doit disparaître avant, dans certains cas.

La nullité est couverte tout d'abord si le conjoint du donateur ratifie l'acte, ce qu'il peut faire pendant la communauté.

Il semble, d'autre part, que l'action en nullité des héritiers ne soit plus possible si le partage de la communauté a été effectué et a eu pour résultat d'attribuer à l'auteur de l'acte les biens communs compris dans la donation-partage. Lorsque les biens donnés ne sont pas attribués au conjoint donateur, on préconise parfois l'application de l'article 1423 du Code civil (116). Mais la Cour de cassation n'est pas favorable à l'extension de cet article au partage d'ascendant (117).

(113) FRÉJAVILLE, De la prohibition faite au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté sans le consentement de la femme, D. 1945, chron. I.

(114) PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 524. JULLIOT de la MORANDIÈRE, La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, J.C.P. 1943.I.304, n° 50.

(115) PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 525, p. 711. L'article 1440 du Projet de Réforme prévoit que l'acte fait par un époux et qui excède ses pouvoirs ne peut être attaqué par l'autre époux « que pendant un délai de deux ans qui commence à courir du jour où l'autre époux a eu connaissance de l'acte ou, en l'absence de cette connaissance, du jour de la dissolution du régime ».

(116) En ce sens article 1437, Projet de Réforme.

(117) Civ. 1^{re}, 28 janvier 1953, précité.

En tout cas, avant le partage de la communauté, on ne pourrait repousser l'action en nullité des héritiers sous prétexte que la validité de l'acte dépend des résultats du partage. La Cour de cassation a condamné ce raisonnement au cas de testament-partage pour des motifs dont on peut critiquer la valeur, mais qui se retrouvent identiques au cas de donation-partage (118).

Ajoutons enfin qu'il est douteux que le donateur puisse imposer sa répartition par une clause pénale, tant aux héritiers qu'à son conjoint. La validité d'une telle clause dans une donation-partage est, en effet, controversée.

B. — *Cas de validité.*

159. — Dans certains cas, la loi permet à un seul époux de donner les biens communs (119).

a) L'article 224 du Code civil donne à la femme sur ses biens réservés « les droits de disposition que la femme séparée de biens possède sur ses biens personnels » (120). La femme pourrait donc comprendre ses biens réservés dans une donation-partage. Si la femme renonce à la communauté, elle conserve ses biens réservés : la confusion disparaît alors.

b) Aux termes de l'article 217 « l'époux qui veut faire un acte de disposition pour lequel le concours ou le consentement de l'autre époux est nécessaire, peut être autorisé par justice à disposer sans le concours ou sans le consentement de son conjoint, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté, ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille » (121).

L'acte de disposition passé dans les conditions prévues par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement fait défaut.

Le mari pourrait certainement se prévaloir de ces dispositions pour faire seul une donation-partage de biens communs.

La question est plus douteuse en ce qui concerne la femme. On admet, en effet, que seul peut invoquer l'article 217 l'époux qui a un pouvoir propre de passer l'acte de disposition. La femme ne peut donc l'invoquer que si on lui reconnaît un droit ou, à tout le moins, un pouvoir de donner les biens communs.

(118) Même arrêt.

(119) La loi du 22 septembre 1942 a supprimé le droit du mari de « disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit » (art. 1422 ancien).

(120) Voir *supra*, p. 146, note 99.

(121) En ce sens, article 1405, Projet de Réforme.

c) Enfin, l'article 219 prévoit que, dans certains cas, un époux peut se faire habilitier par justice à représenter son conjoint. L'article 218 vise également le cas où un des époux a donné à l'autre mandat de le représenter (122).

En vertu de cette représentation, un seul époux pourrait partager les biens communs par donation-partage.

Certains auteurs ont toutefois soutenu que seul pouvait se prévaloir de l'article 219 l'époux qui n'aurait aucun pouvoir de réaliser l'acte envisagé (123). Le mari ne pourrait donc pas l'invoquer pour faire une donation de biens communs, non plus que la femme si on reconnaît que sa participation à une telle donation, prévue par l'article 1422, prend sa source dans un pouvoir propre.

La communauté constitue donc un obstacle sérieux à la donation-partage d'un seul époux, mais les deux conjoints peuvent répartir valablement les biens communs par donation-partage conjonctive.

§ 3. — BIENS DOTAUX (124).

160. — Dans ce cas encore, la validité de la donation-partage doit s'apprécier comme celle de la donation simple. La nullité est donc la règle, et la validité reste exceptionnelle.

I. — *Principe de la nullité.*

Elle résulte des termes de l'article 1554 du Code civil qui interdit à l'un des conjoints ou à la réunion des deux, de disposer des immeubles dotaux, interdiction que la jurisprudence a étendue aux meubles (125). Les biens dotaux ne peuvent donc faire l'objet d'une donation-partage.

Quant à l'action en nullité, elle suit les règles générales en matière de nullité dotale. Elle appartient au mari pendant le mariage, puis à la femme ou à ses représentants après la dissolution du mariage ou la séparation de biens.

(122) Articles 1406 et 1407, Projet de réforme. La donation-partage pourrait également être ratifiée par le conjoint du disposant.

(123) CHAVANNE, Les donations de biens communs et la loi du 22 septembre 1942, R.T.D.C. 1949, p. 365.

(124) Le Régime dotal est supprimé par le Projet de Réforme.

(125) Ch. Réun., 14 novembre 1846, D. 1847.I.27.

La nullité est de droit commun et l'article 1080 du Code civil, sur la prescription de deux ans et le report de l'action au décès de l'ascendant survivant, ne s'applique pas. La prescription de l'action est de dix ans et la nullité peut être provoquée du vivant des ascendants. En particulier, l'action des héritiers est recevable dès le décès de la mère, alors même que le mari serait encore vivant (126).

II. — *Exceptions.*

Les exceptions à ce principe sont rares. D'autant plus que la jurisprudence interprète restrictivement les atteintes à l'inaliénabilité dotale.

a) La femme peut, avec le consentement du mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1555 modifié par la loi du 22 septembre 1942).

Pour la jurisprudence, il faut entendre par établissement non seulement l'établissement par mariage, mais également toute donation tendant à assurer aux enfants leur indépendance par rapport aux père et mère.

Cependant, une donation rendant seulement la condition des enfants plus avantageuse ne suffirait pas à assurer leur établissement au sens de l'article 1555 du Code civil.

Pour être valable, la donation-partage doit réaliser l'établissement de tous les copartagés et non de quelques uns seulement. La jurisprudence décide ainsi que « l'aliénation des biens dotaux entraîne la nullité de la donation-partage conjonctive malgré l'article 1555 du Code civil autorisant l'aliénation de ces biens en vue de l'établissement des enfants, alors que deux enfants sur trois étaient déjà établis » (127). La solution est sévère : on pourrait songer à maintenir la disposition à titre de donation au profit de l'enfant non établi.

b) Le contrat de mariage apporte parfois des atténuations à l'inaliénabilité dotale. Ces clauses doivent être interprétées restrictivement. Ainsi la clause permettant de partager et d'aliéner à charge de remploi n'autorise pas la donation des biens dotaux (128).

Réalisé du vivant des deux époux, le partage des successions confondues est donc dominé par les règles des régimes matrimoniaux.

(126) Civ., 25 janvier 1866, D. 1866.I.65.

(127) Trib. Civ. Grenoble, 13 janvier 1944, J.C.P. 1945.II.2836, note Gaubert. Grenoble, 1^{er} avril 1908, D. 1909.2.220.

(128) GAUBERT, note précitée.

Ces règles cessent de s'appliquer après la dissolution du mariage par la mort d'un époux. En particulier la communauté ne se continue pas. C'est donc en tant que simple indivision qu'elle est partagée par le conjoint survivant avec, parfois, la succession restée indivise du conjoint prédécédé.

Sous-section 2.

Donation-partage cumulative du survivant des époux.

161. — On sait que souvent, après le décès du prémourant des époux, sa succession et la communauté ne sont pas liquidées et partagées. Les choses sont laissées en l'état et le conjoint survivant se trouve maintenu dans la jouissance des biens communs et des propres du prédécédé, comme par le passé. Dans cette situation, il peut envisager de répartir entre les héritiers, en tout ou en partie, ses propres, les biens de la communauté et les propres de son conjoint prédécédé.

La donation-partage cumulative ainsi réalisée est un complexe né d'un partage d'ascendant et d'un partage ordinaire. Les héritiers sont indivisaires sur les biens du prédécédé et les biens communs, et cette observation domine la question de validité de l'acte, qui se pose en termes différents selon qu'ils sont tous capables ou que, au contraire, certains d'entre eux sont incapables.

§ 1. — CAS OU LES HÉRITIERS SONT TOUS CAPABLES.

Lorsque les héritiers qui participent à la donation sont tous capables de faire un partage amiable, la validité de la donation-partage cumulative du conjoint survivant est certaine.

En effet, les héritiers seraient libres de partager comme ils l'entendent la succession du prédécédé et la communauté dissoute. Ils peuvent donc confier au conjoint survivant le soin d'en réaliser le partage à leur place (129). Ce dernier combine alors valablement ce partage avec le partage de ses propres biens (130). L'acte ne soulève aucune objection.

(129) Agen, 12 décembre 1857, D. 1859.I.494.

(130) Dans l'Ancien Droit, on admettait parfois que le conjoint survivant tenait du conjoint prémourant le mandat de partager la communauté et la succession. Mais notre droit ne reconnaît pas la validité du mandat « post mortem » et c'est les héritiers qui donnent au conjoint survivant le pouvoir de faire le partage. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, Donation et testaments, n° 3611.

La jurisprudence statue depuis longtemps en ce sens (131). La Cour de cassation ne s'était cependant jamais prononcée expressément jusqu'à son arrêt du 20 juin 1955 (132) affirmant la validité de la donation-partage qui répartit en une masse unique les biens du disposant et ceux de l'époux prédécédé lorsque « tous les enfants majeurs et capables de contracter y consentent ».

§ 2. — CAS OU CERTAINS HÉRITIERS SONT INCAPABLES.

I. — *Principe de la nullité.*

162. — Il est plus difficile d'admettre la validité de l'acte lorsque certains héritiers sont mineurs ou plus généralement incapables de faire un partage amiable. En effet, la succession du prédécédé et la communauté dissoute devraient normalement faire l'objet d'un partage judiciaire. Les descendants qui ne sont pas maîtres de leurs droits ne peuvent alors donner au conjoint survivant le mandat d'en réaliser la répartition entre eux.

En principe, le partage amiable intervenu entre mineurs ne vaut que comme partage provisionnel. On pourrait alors concevoir que la sanction de la participation de mineurs à la donation-partage cumulative consiste dans une simple réduction en partage provisionnel de la répartition des biens du prédécédé. Mais, en raison de la confusion successorale, cette dualité de régime des attributions n'est pas concevable. Le vice qui infecte le partage des biens du prédécédé entraîne la nullité de l'acte entier (133).

II. — *Exceptions.*

Au principe de la nullité, certaines réserves doivent être apportées.

A. — *Ratification.*

La nullité de la donation-partage cumulative est couverte par la ratification du mineur devenu majeur, conformément aux principes généraux en matière de vices du consentement. Cette solution

(131) Montpellier, 6 mars 1871, S. 1871.2.252. Rouen, 20 décembre 1873, S. 1875.2.334. Riom, 29 octobre 1888, D. 1890.2.330.

(132) Civ. 1^{re}, 20 juin 1955, J.C.P. 1955.II.8781, voir déjà, 19 décembre 1859, D. 1859.I.494 (sol. impl.).

(133) Besançon, 16 janvier 1846, précité.

a été repoussée par une Cour d'appel, mais l'arrêt est critiqué en doctrine (134).

B. — *Clause pénale.*

Le conjoint donateur pourrait imposer par une clause pénale la répartition des biens du prédécédé contenue dans l'acte. On sait, en effet, que les incapables subissent l'effet des clauses pénales (135).

Toutefois, la validité d'une clause pénale portant sur les droits héréditaires des descendants, insérée dans une donation-partage, fait l'objet de controverses (136).

C. — *Indivisibilité des biens.*

La Cour de cassation a admis que la validité de la donation-partage cumulative du conjoint survivant pouvait résulter de l'indivisibilité des biens appartenant aux différentes masses successorales et communautaires réparties, « l'intérêt bien entendu des enfants (étant alors) de maintenir l'œuvre de l'ascendant » (137).

Cette solution offre peu d'intérêt lorsque les copartagés sont majeurs puisque l'acte est valable en tout état de cause. Elle pourrait peut-être permettre d'envisager la validité d'une donation-partage cumulative malgré la présence de mineurs, en raison de l'indivisibilité des biens.

D. — *Transaction.*

Enfin, les difficultés relatives au partage des biens communs ou des propres du prédécédé, réalisé par le conjoint survivant peuvent être terminées par une transaction entre le tuteur des mineurs et les héritiers majeurs, conformément à l'article 467 du Code civil. La volonté de l'ascendant sera exécutée et le partage judiciaire évité (138).

*
**

163. — La technique du partage d'ascendant ne s'accommode donc pas sans quelques difficultés de la confusion des successions

(134) Limoges, 15 juillet 1896, R.G.N. 1898.10083, arrêt critiqué par M. PATARIN, note R.G.N. 1955.27369.

(135) Besançon, 16 janvier 1846, précité.

(136) Voir *supra*, n° 156.

(137) Req. 7 août 1860, D. 1860.I.499.

(138) Trib. Civ. Louhans, 20 juillet 1906, précité.

car le partage d'ascendant a été conçu comme un acte individuel ayant pour but la répartition des seuls biens dont l'ascendant a la libre disposition.

Cependant, le partage des successions confondues reste fréquemment possible soit par les deux époux, soit par un seul, grâce à l'utilisation de techniques de coercition, charges ou clauses pénales.

Avec la donation-partage du conjoint survivant sur les propres du prédécédé ou la communauté dissoute, nous avons vu apparaître une objection qui ne se rapporte pas à la technique de la donation-partage, mais plutôt à son aspect répartitif. Cette objection est tirée du droit à recevoir en nature les biens du prédécédé ou de la communauté dissoute, auquel les héritiers mineurs ne peuvent renoncer.

On est alors amené à se demander si le droit aux biens en nature des héritiers fait ici une apparition exceptionnelle ou si au contraire, les copartagés ne sont pas en droit de s'en prévaloir dans tous les cas où les ascendants prétendent réaliser un partage de successions confondues.

CHAPITRE II

VALIDITE DE LA CONFUSION VOLONTAIRE DES SUCCESSIONS AU REGARD DU DROIT AUX BIENS EN NATURE DES HERITIERS

164. — Le droit aux biens en nature des indivisaires a pour corollaire le droit au partage par successions séparées. En interdisant la substitution des biens d'une masse successorale aux biens d'une autre pour le partage en nature, il oppose à la confusion des successions un obstacle qui ne peut être levé, semble-t-il, que par le consentement des héritiers (art. 826 C. civ.).

Toutefois, la qualité d'indivisaire n'est pas la seule à permettre d'invoquer un droit aux biens en nature. Le titre de réservataire donne, en principe, à celui qui en est investi, le droit de réclamer sa réserve en nature, c'est-à-dire « en corps héréditaires ».

Ce droit interdit lui aussi de délivrer la réserve d'un héritier dans une succession en biens appartenant à une autre succession à laquelle il serait appelé.

On peut alors se demander si ces différents droits aux biens en nature, que les copartagés peuvent tous invoquer puisqu'ils sont à la fois indivisaires et réservataires, n'élèvent pas de graves objections à l'encontre du partage des successions confondues. Cette question sera envisagée successivement pour le droit aux biens en nature attaché au titre de réservataire, puis pour le droit aux biens en nature attaché à la qualité d'indivisaire.

*Section 1.***La confusion successorale au regard du droit à la réserve**

165. — La loi garantit aux descendants une fraction irréductible de la succession, à l'encontre des libéralités de leur auteur. Cette réserve est intangible pour l'ascendant qui ne peut la diminuer par des actes à titre gratuit ou la grever de charges (1).

Mais, en droit français, la réserve ne s'analyse pas en une simple créance que l'héritier pourrait faire valoir contre la succession. La loi, éclairée d'ailleurs sur ce point par la tradition, en a déterminé l'objet en même temps que la quotité.

La réserve, en effet, est une part de la succession soustraite à la libre disposition de l'ascendant et placée sous l'empire exclusif de la dévolution *ab intestat*. Il en résulte que les héritiers reçoivent leur réserve en biens successoraux, sans qu'aucune équivalence en argent ou en biens étrangers puisse leur être imposée.

S'il en est ainsi, il paraît bien que la confusion successorale porte atteinte à la réserve des héritiers puisque, par son effet, ces derniers peuvent être remplis de leurs droits dans la succession d'un ascendant en biens provenant de l'autre succession.

Il est vrai que les réformes de 1938 ont apporté des atténuations considérables au principe de la réserve en nature, au point que sa survivance même a été mise en doute. Ces réformes constituent des éléments nouveaux dont la discussion doit tenir compte.

On recherchera donc si les atteintes portées au droit à la réserve en nature ont eu une ampleur suffisante pour que la confusion successorale se justifie désormais par l'idée de réserve en valeur. La réponse négative à cette question obligera à recourir à la notion d'équivalence des biens répartis au regard de la réserve des copartagés.

§ 1. — LA CONFUSION SUCCESSORALE
ET LE DROIT A LA RÉSERVE EN VALEUR.

166. — Si la réserve des copartagés est due seulement en valeur, il importe peu que leurs droits soient remplis en biens de l'une ou l'autre succession et la validité de la confusion successorale se trouve ainsi justifiée.

(1) VIALLETON, Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve, R.T.D.C. 1940-41, p. 40.

I. — *Théorie admettant le principe de la réserve en valeur.*

1° Avant les réformes de 1938, le principe de la réserve en nature était certain.

Un auteur, étudiant la confusion successorale, avait toutefois admis que « la réserve est une quotité de la succession que le réservataire doit recevoir en valeur et non pas en nature » (2). La réserve en valeur lui paraissait, en effet, pouvoir seule expliquer la validité du partage d'ascendant conjonctif.

Mais cette opinion, émise pour les besoins de la démonstration, était restée isolée. Pour l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, la réserve était due en nature.

On doit remarquer que ce principe n'empêchait pas la confusion successorale d'être possible. De sorte que, même si elle trouvait actuellement une justification facile dans la généralisation de la réserve en valeur, il resterait encore à expliquer pourquoi elle était admise même lorsque la réserve était due en nature.

2° D'ailleurs, même après les réformes de 1938, il ne paraît pas que la réserve en valeur soit devenue le principe.

Compte tenu des modifications apportées en particulier aux articles 866 et 1079 du Code civil, il se peut que dans la plupart des cas, la réserve de l'héritier lui soit délivrée en valeur. Mais, s'il est d'application plus rare, le droit à la réserve en nature n'en est pas moins resté le principe en ce sens qu'il a vocation à régir toutes les situations où la loi ne l'a pas expressément écarté (3).

Il serait donc inexact de justifier la confusion des successions en invoquant un prétendu principe général du droit à la réserve en valeur.

II. — *Théorie expliquant la confusion successorale par les exceptions légales à la réserve en nature.*

167. — Toutefois, exceptionnellement, la réserve est due seulement en valeur. On a alors cherché la justification de la confusion successorale dans ces exceptions légales au droit à la réserve en nature.

1° Article 866 du Code civil. La loi prévoit, dans cet article, la réduction en valeur des libéralités portant sur un immeuble ou sur une exploitation. Mais ce texte ne peut fournir une explication

(2) BILLEY, Thèse précitée, n° 80, p. 75.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 26, p. 35.

générale de la confusion des successions. Il organise, en effet, un droit à la réserve en valeur dans des cas bien déterminés et le domaine du partage des successions confondues serait considérablement réduit.

2° On peut alors songer à invoquer l'article 1079 du Code civil qui institue la réduction en valeur lorsque l'atteinte à la réserve résulte « du partage et des dispositions faites par préciput ».

Telle est l'opinion de M. Léauté pour qui les droits en valeur du demandeur et du défendeur à l'action en réduction, ce dernier supposé demandeur reconventionnel, se compensent de telle sorte que les deux parties n'ont plus d'intérêt à agir (4).

Mais l'article 1079 du Code civil se réfère à une situation très particulière au-delà de laquelle il est sans application, car les exceptions à la réserve en nature sont de droit strict. Il suppose que le partage d'ascendant s'accompagne d'une libéralité préciputaire de la quotité disponible au profit du copartagé qui a reçu le plus fort lot. Ces conditions peuvent n'être pas réunies au cas de partage de successions confondues. La confusion successorale serait alors condamnée.

L'explication, on le voit, a une portée limitée.

Il n'est donc pas possible d'assurer la validité de la confusion en se référant au droit à la réserve en valeur. On doit alors avoir recours à la deuxième justification possible de la confusion successorale : l'équivalence des biens paternels et des biens maternels au regard du droit à la réserve en nature des copartagés.

§ 2. — LA CONFUSION SUCCESSORALE ET LE DROIT À LA RÉSERVE EN NATURE.

168. — Dans le cadre du droit à la réserve en nature, la validité de la confusion successorale ne peut se concevoir que si on admet l'équivalence absolue des biens paternels et maternels. Cette idée n'est pas unanimement acceptée, elle ne paraît cependant pas soulever des objections insurmontables.

I. — *Théories n'admettant pas l'équivalence des biens paternels et maternels,*

A. — *Théorie de M. Desbois.*

M. Desbois récuse formellement les effets de la confusion successorale sur le droit de la réserve.

(4) LÉAUTÉ, article précité, J.C.P. 1951.I.924.

Pour cet auteur, les copartagés ont toujours le droit de réclamer leur réserve en nature dans l'une des successions par l'action en réduction ordinaire (5).

Peut-on objecter que le législateur de 1938, en différant dans l'article 1080 au deuxième décès l'action en réduction, a entendu que les copartagés se contentent de biens de la deuxième succession pour les remplir de leurs droits dans la première ? Nullement, pour l'auteur, car le report de l'action en réduction a été organisé « dans l'espoir que le copartagé dont la réserve aurait été amputée, s'abstiendrait d'exiger la reconstitution de sa part dès le premier décès et consentirait, au moment du deuxième, à se dédommager avec les biens de la succession du survivant des parents en renonçant à la reconstitution de sa part en nature dans la première succession ». Mais l'héritier n'est pas obligé d'accepter ce dédommagement.

Si cette théorie est exacte, c'est la validité même de la confusion qui est mise en cause puisqu'elle se trouve confiée au bon vouloir des copartagés. En raison des intérêts déjà constatés de la confusion des successions, il serait pourtant souhaitable de lui reconnaître des effets plus énergiques.

Mais critiquer n'est pas réfuter. Pour ce faire, il faut observer que la théorie situe le problème de la validité de la confusion dans le cadre du droit de la réserve, alors qu'il se situe dans le cadre du droit du partage.

On le verra, le droit de la réserve est subordonné au droit du partage et l'équivalence des biens se déduit de cette subordination. M. Desbois inverse les rapports respectifs entre ces deux droits en faisant de la réserve une dominante du partage, alors qu'elle lui est, au contraire, subordonnée.

B. — *Théorie de M. Demogue.*

169. — A propos des actes cumulatifs, M. Demogue fait une distinction entre la donation-partage et le testament-partage (6).

Envisageant la donation-partage réalisée par le conjoint survivant, l'auteur écrit : « l'héritier qui a droit à une réserve de « 100.000 fr. dans la succession du prédécédé et 50.000 fr. dans « celle du survivant pourra recevoir, sans avoir plus tard le droit « de se plaindre, un bien représentant 150.000 fr. et dépendant « pour le tout de la succession du prédécédé ou appartenant pour « le tout à l'ascendant donateur. En effet, l'héritier donataire

(5) DESBOIS, note sous Grenoble, 1^{er} février 1945, J.C.P. 1945.II.2892.

(6) DEMOGUE, note sous Douai, 22 avril 1931, S. 1932.2.73.

« aurait pu se faire donner un bien de 100.000 fr. venant de la
 « succession du prédécédé et un autre de 50.000 fr. venant du
 « donateur et aussitôt faire un échange avec ses codonataires pour
 « obtenir en place de ce dernier bien un autre bien venant de
 « la succession du prédécédé. A la place de ce procédé compliqué
 « qui aurait été strictement légal, il peut arriver au même résultat
 « par une voie simple, en s'entendant avec tous les autres con-
 « tractants : le donateur et les donataires pourront considérer
 « une seule masse, sur laquelle chaque héritier recevra les deux
 « réserves qu'il peut réclamer ». L'acte équivaut alors à une série
 d'échanges entre héritiers. C'est pourquoi la jurisprudence exige
 qu'ils soient tous majeurs.

La situation est tout autre lorsque le conjoint survivant réalise le partage testamentaire des successions confondues. On ne peut plus alors considérer que les enfants ont échangé les biens qu'ils ont reçus, puisqu'ils ne participent pas à l'acte. Le droit de la réserve reprend son empire et le testateur ne peut « par sa seule volonté, fondre en une seule masse les biens qu'il va donner et le patrimoine encore indivis de son conjoint prédécédé ».

La théorie de M. Demogue paraît difficilement admissible.

Tout d'abord, elle ne rend pas compte de la jurisprudence qui admet la validité de la donation-partage faite par les deux époux même en présence d'enfants mineurs (7). Les atteintes à la réserve en nature des copartagés dans chacune des successions n'y sont pas sanctionnées, sans qu'on puisse considérer que les enfants ont fait des échanges de biens, puisqu'ils sont incapables. En réalité, la condition de majorité exigée par la jurisprudence pour la donation-partage cumulative est sans rapport avec le droit de la réserve : elle vient de ce que les enfants ne peuvent participer à l'acte que s'ils sont capables de réaliser le partage amiable des biens du prédécédé.

D'autre part et surtout, les échanges de biens intervenus dans l'acte même ne peuvent être assimilés aux échanges en dehors de l'acte. Ceux-ci sont consentis librement entre les enfants et ne se situent pas dans l'incidence de la réserve. Ceux-là sont réalisés sous l'autorité de l'ascendant et ne pourraient échapper au droit de la réserve, si ce dernier n'était écarté pour d'autres raisons (8).

(7) Req. 25 février 1878, D. 1878.I.449.

(8) On peut rappeler à cet égard la jurisprudence qui annule les conventions entre copartagés contenues dans la donation-partage et contraires à l'égalité en nature car la volonté de l'ascendant préside à leur conclusion, alors que de telles conventions sont valables en dehors de l'acte. Agen, 4 avril 1862, D. 1862.2.100.

II. — *Théorie admettant l'équivalence des biens paternels et maternels.*

170. — Le partage des successions confondues par les ascendants n'est compatible avec le droit à la réserve en nature des copartagés que si les biens maternels et les biens paternels sont considérés comme équivalents au point de vue de la réserve. Dans cette perspective, il importe peu que les droits des héritiers réservataires soient remplis en biens de l'une ou l'autre origine.

Malgré son apparence exorbitante, la règle semble bien devoir être acceptée : elle trouve son fondement dans la subordination du droit de la réserve au droit du partage et sa mise en œuvre est assurée par des transferts fictifs de biens entre les patrimoines paternels et maternels.

A. — *Subordination du droit de la réserve au droit du partage.*

171. — La répartition d'une succession entre les héritiers « appelés » se situe sous la dépendance *absolue* du droit du partage, à l'*exclusion* du droit de la réserve. Il en est ainsi quel que soit le mode de partage adopté : partage ordinaire ou partage d'ascendant.

a) *La masse successorale, objet unique du partage d'ascendant.*

Il faut observer d'abord que la réserve ne se trouve que partiellement sous l'emprise des règles de la dévolution *ab intestat*.

Certes, elle constitue dans l'ensemble de la succession un domaine soustrait à la volonté de l'ascendant de réaliser des transmissions de biens à titre gratuit, soit au profit de tiers, soit au profit des cohéritiers du réservataire. A cet égard, la distinction entre la réserve et la quotité disponible conserve tout son sens.

Mais s'il ne peut transmettre la réserve, l'ascendant peut la répartir entre ses descendants. La loi lui offre, à cette fin, la technique du partage d'ascendant, véritable intervention du testateur dans le partage de la réserve transmise *ab intestat*.

En réalité, il semble même insuffisant de dire que l'ascendant peut partager la réserve entre les héritiers. C'est encore supposer que la succession reste scindée en deux parties hétérogènes : la réserve et la quotité disponible. Mais, au regard du partage d'ascendant, les biens répartis se présentent comme un tout homo-

gène exclusif de toute discrimination entre la réserve et la quotité disponible : la masse successorale.

b) *Application du droit du partage.*

La masse successorale, objet du partage d'ascendant, est répartie selon les règles du partage sans considération pour les règles de la réserve. En effet, lorsque le droit du partage est applicable, il évince complètement le droit de la réserve.

1° Il en est ainsi après l'ouverture de la succession, lorsqu'il s'agit pour les héritiers de partager la masse successorale entre eux. Les règles du partage dominent alors exclusivement les relations entre les copartageants. On rend parfois compte de cette circonstance en disant que les héritiers sont libres de renoncer à leur réserve après l'ouverture de la succession (9). Mais en réalité, le régime juridique de la réserve, par sa nature même, peut seulement limiter l'efficacité des libéralités de l'ascendant et devient sans application lorsque seules des questions de répartition d'une masse indivise se trouvent posées entre les descendants.

De même, dans le partage d'ascendant, toute incidence des règles de la réserve est exclue en ce qui concerne les questions de répartition proprement dites. On pourrait objecter que l'acte étant l'œuvre de l'ascendant, contrairement au partage *ab intestat*, le régime juridique de la réserve doit redevenir applicable pour sauvegarder les droits des héritiers. Mais le principe de l'exclusion des règles de réserve par les règles du partage est absolu, et le droit de la réserve n'apparaît que lorsque la volonté de partager de l'ascendant s'accompagne de la volonté d'avantager certains enfants (art. 1079 C. civ.).

Les bénéficiaires du testament-partage sont d'ailleurs à la tête d'une indivision à répartir et le droit du partage est normalement seul compétent pour régler cette répartition.

La situation n'est pas différente lorsque les héritiers bénéficient d'une donation-partage, car la loi a voulu les placer dans une situation aussi proche que possible de l'indivision successorale, sans aller toutefois jusqu'à organiser une véritable ouverture anticipée de la succession, contraire au principe « *nulla viventis hereditas* ».

2° Il résulte de cette éviction du droit de la réserve par le droit du partage que la composition des lots est soustraite à toute influence de la réserve.

(9) VOIRIN, note sous Civ., 29 juillet 1952, précité.

Au cas de partage d'ascendant simple, un copartagé ne pourrait pas se plaindre d'une atteinte à sa réserve en dehors de la situation particulière prévue par l'article 1079 du Code civil. Spécialement, il devrait se contenter d'une soulte stipulée conformément aux règles relatives au partage sans qu'il y ait lieu de se demander si cette soulte est conforme à l'article 866 du Code civil, texte relatif à la réserve.

Pareillement, le droit aux biens en nature des indivisaires tient en subordination le droit en nature des réservataires. Dès lors que la confusion successorale est conforme au droit du partage, le droit de la réserve ne peut élever aucune objection à son encontre, mais seulement en subir les incidences. Ainsi s'explique que les biens paternels et maternels soient équivalents au regard de la réserve des copartagés. Cette équivalence n'est que la projection dans le droit subordonné de la réserve, de la fongibilité des biens admise dans le droit dominant du partage.

Les théories de M. Desbois et de M. Demogue n'acceptent pas cette subordination du droit de la réserve au droit du partage. Elle est cependant certaine et constitue un des aspects de la subordination, dans le partage d'ascendant, de la technique de l'acte à sa finalité répartitive. Il importe toutefois de se préoccuper de sa mise en œuvre technique.

B. — *Mise en œuvre technique de la subordination du droit de la réserve au droit du partage.*

172. — Cette subordination est mise en œuvre par l'idée d'équivalence des biens paternels et maternels, résultant de transferts fictifs de biens entre les patrimoines des deux ascendants. La question doit être examinée distinctement pour la donation-partage et pour le testament-partage.

a) *Donation-partage.*

La jurisprudence a admis nettement l'équivalence des biens répartis par partage de successions confondues. La Cour de cassation a même été amenée à en analyser le mécanisme technique.

1° Principe de l'équivalence des biens répartis.

Il résulte de plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Ainsi un arrêt de la Chambre civile en date du 15 mai 1876 déclare qu'un copartagé peut recevoir en biens maternels « l'équivalence de sa réserve » dans la succession paternelle (10).

(10) D. 1876.I.322.

Dans un arrêt du 3 mars 1914, la même Chambre civile décide que l'enfant qui a reçu en excédent sur les biens d'une succession ce qu'il aurait pu recevoir en moins sur l'autre, n'est pas fondé à réclamer pour atteinte à sa réserve dans cette dernière succession (11).

La jurisprudence est constante et aucune discordance n'apparaît dans les décisions.

2° Fondement de l'équivalence des biens répartis.

Comment concevoir, au regard de la technique juridique, que les biens paternels et maternels puissent être considérés comme équivalents ?

I. — *Objection technique à l'équivalence des biens répartis.*

173. — Pour que les biens d'un ascendant soient équivalents aux biens de l'autre au regard de la réserve, il faudrait qu'ils soient l'objet d'acquisitions réciproques entre les ascendants, ou d'échanges, et qu'intervienne, à cette fin, un mode reconnu de transfert.

Certes, d'un certain point de vue, les biens répartis, réunis en une masse unique, sont fongibles entre eux et par conséquent équivalents. Mais cette fongibilité n'est effective qu'en ce qui concerne leur répartition proprement dite.

Elle ne peut dissimuler, dans le partage des successions confondues, que, d'un autre point de vue, les biens appartiennent à des patrimoines différents. Or cette diversité d'origine prévaut sur la fongibilité lorsqu'on veut déterminer la réserve des ascendants. La réserve, en effet, est une fraction du patrimoine et seuls des actes de transfert peuvent faire entrer des biens dans un patrimoine, ou les en faire sortir.

Mais on ne trouve pas trace, dans la donation-partage de successions confondues, de ces transferts irremplaçables entre les patrimoines paternels et maternels. Par suite, l'idée d'équivalence, même si on en accepte le principe, ne peut être mise en œuvre.

II. — *Réfutation.*

L'objection ne paraît pas insurmontable, et la jurisprudence ne s'y est pas arrêtée.

(11) D. 1916.I.70, voir aussi Civ., 28 octobre 1929, S. 1931.I.157.

a) *Réfutation théorique.*

On ne peut écarter l'objection que par un refus systématique de limiter les pouvoirs des ascendants qui partagent leurs biens par des considérations tirées de la technique juridique.

La doctrine a déjà mis en lumière le principe de la suprématie de la finalité répartitive du partage d'ascendant sur la technique utilisée (12). Dans bien des cas, les règles de la donation et du testament qui servent de support à la répartition s'infléchissent pour respecter le but de l'acte : par exemple, les copartagés par testament conservent leur titre successoral *ab intestat* et les donataires copartagés le recouvrent au décès de l'ascendant.

Il est vrai que la mise en œuvre de l'idée d'équivalence des biens paternels et maternels au regard de la réserve des copartagés exige une déformation beaucoup plus radicale de la technique : il faudrait réputer inclus dans le partage des successions confondues des actes de transfert portant échange des biens paternels avec les biens maternels, alors que de tels actes n'y figurent évidemment pas.

Mais ces transferts supposés ne sont qu'une conséquence du principe de la subordination du droit de la réserve au droit du partage, lui-même tiré de la primauté du but répartitif sur la technique utilisée. Ils doivent donc être admis (13).

b) *Jurisprudence.*

174. — Ces conséquences de la confusion successorale sont acceptées par la jurisprudence.

En dehors des décisions citées qui reconnaissent l'équivalence des biens paternels et maternels au regard de la réserve, la Cour de cassation a rendu un arrêt particulièrement significatif le 14 janvier 1856 (14).

I. — *Arrêt du 14 janvier 1856.*

Deux époux avaient constitué en dot à un de leurs enfants des immeubles dépendant de la communauté.

Après la mort du père, la veuve survivante renonce à la communauté et devient ainsi débitrice envers la succession du pré-

(12) PERROT, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Thèse Paris, 1953, n^{os} 70 et suiv.

(13) Sur la déformation des qualifications par la volonté individuelle : voir TERRÉ, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse, Paris, 1956, p. 230.

(14) Civ., 14 janvier, D. 1856.I.67.

décédé d'une indemnité représentant sa contribution dans la dot (art. 1437 C. civ.).

La mère décède à son tour. Une sœur de l'enfant doté prétend alors ne pas avoir reçu sa réserve dans la succession maternelle et, afin de poursuivre le tiers détenteur, demande que les immeubles donnés en dot soient compris dans la réserve maternelle à concurrence de la contribution de la mère dans la dot, malgré sa renonciation à la communauté.

Cette demande est accueillie par les juges du fond et la Cour de cassation confirme leur solution.

L'arrêt déclare que « l'époux qui a doté avec les biens de son conjoint *est censé avoir acquis* ces biens pour les transmettre irrévocablement à l'enfant donataire ». Il en conclut que la moitié des immeubles donnés doit être comprise dans la réserve de la mère.

II. — *Interprétation de l'arrêt.*

Ainsi, bien qu'aucun mode de transfert n'ait été utilisé, la mère a pu acquérir une fraction des immeubles du père correspondant à sa contribution dans la dot.

En l'espèce, les deux successions confondues étaient réparties en avancement d'hoirie et non par partage d'ascendant. Mais le mécanisme de la confusion successorale est le même dans les deux cas et les principes dégagés par l'arrêt sont valables pour le partage d'ascendant.

Dans la donation-partage, ce sont des échanges de biens, plutôt que des acquisitions, qui se produisent entre les patrimoines paternels et maternels. Et ces échanges, qui sont la projection de la fongibilité des biens répartis sur le plan du droit translatif, expliquent leur équivalence au regard de la réserve des copartagés (15).

Il reste à savoir si le même mécanisme se produit dans le partage testamentaire des successions confondues.

b) *Testament-partage.*

175. — Les mêmes échanges de biens peuvent-ils se produire lorsque l'ascendant survivant ou prédécédé, répartit par testament les biens de son conjoint en même temps que ses propres ?

(15) On voit ici l'erreur de la théorie de M. DEMOGUE : ce dernier admet des échanges entre les enfants alors qu'ils ont lieu entre les patrimoines des ascendants.

Dans la donation-partage, la participation à l'acte des deux conjoints, ou du conjoint survivant et des héritiers du prédécédé, permettait de supposer que des « *transferts contractuels* » de biens étaient intervenus. Dans le testament-partage, la répartition est l'œuvre de la seule volonté du testateur et, dès lors, les transferts de biens ne peuvent qu'être autoritaires. Ils semblent cependant avoir été généralement admis par la jurisprudence et la doctrine.

1) *Jurisprudence.*

La solution n'est pas tout à fait unanime.

I. — *Arrêt de la Cour de Douai du 22 avril 1931 (16).*

Un arrêt isolé a décidé que le partage testamentaire réalisé par le conjoint survivant de ses propres et des propres du conjoint prédécédé pouvait donner naissance à une action en réduction si l'un des copartagés n'a pas reçu en nature sa part de réserve dans la succession du testateur. L'arrêt énonce que « le testateur n'avait pas la faculté de faire masse unique de ses biens personnels, des biens de son conjoint prédécédé et de ceux de la communauté pour faire entre ses héritiers, en proportion de leurs droits, une répartition de leurs réserves totalisés » (17).

La Cour de Douai refuse donc explicitement l'idée d'échanges de biens entre les patrimoines des ascendants.

II. — *Position de la Cour de cassation.*

Mais la jurisprudence dominante ne paraît pas en ce sens. La Cour de cassation ne condamne pas le testament-partage du conjoint survivant comme contraire au droit de la réserve, mais seulement comme acte sur la chose d'autrui (18).

La différence est grande : la nullité des actes sur la chose d'autrui n'étant pas d'ordre public, des clauses pénales peuvent être valablement édictées contre les héritiers qui attaqueraient le testament-partage. Au regard de la réserve, les clauses pénales sont nulles.

2) *Doctrine.*

Les auteurs ont rarement envisagé le problème.

(16) Précité.

(17) Précité.

(18) Entre autres Civ., 25 février 1925, précité.

M. Savatier se prononce cependant explicitement pour l'équivalence des biens paternels et maternels répartis par testament-partage au regard de la réserve des copartagés. Ces derniers ne peuvent se plaindre lorsqu'ils ont reçu en biens maternels l'équivalent de leur réserve dans la succession paternelle (19).

Dans tous les cas, par conséquent, la validité de la confusion successorale est assurée sans que le droit de la réserve puisse la mettre en cause. Subordonnée au but répartitif de l'acte, la réserve ne peut que subir les incidences de la fongibilité, en acceptant l'équivalence des biens paternels et des biens maternels répartis en une masse unique.

Section 2.

La confusion successorale au regard du droit aux biens en nature des indivisaires.

176. — S'il est vrai que le droit du partage est applicable à la répartition des biens par partage d'ascendant, les copartagés doivent pouvoir invoquer à l'encontre des ascendants tous les droits reconnus aux indivisaires au moment du partage.

Ainsi la jurisprudence antérieure à 1938 a toujours admis que l'ascendant devait respecter l'égalité en nature des lots lorsque l'intérêt des héritiers ou l'indivisibilité des biens ne s'y opposaient pas. Ce n'est que sur les indications implicites du décret-loi du 17 juin 1938 que la position de la jurisprudence s'est assouplie sur ce point, sans qu'on puisse en conclure que la liberté de l'ascendant s'étend jusqu'à l'arbitraire.

De même, les héritiers copartagés devraient pouvoir invoquer le droit aux biens en nature définis par l'article 826 du Code civil. Cependant, la question ne s'est jamais posée en jurisprudence et les arrêts ne montrent aucune trace d'un tel droit qui viendrait s'opposer à la confusion des successions par les ascendants (20). Deux observations contribueront à expliquer les raisons de ce silence.

(19) SAVATIER, article précité R.G.N. 1929.22048.

(20) A l'exception du cas de la répartition cumulative par le conjoint survivant. Mais c'est à titre de copartageants et non de copartagés que les descendants peuvent alors se prévaloir du droit aux biens en nature sur les biens de la succession du prédécédé ou de la communauté dissoute.

I. — *Elimination technique du droit aux biens en nature.*

La technique même du partage des successions confondues enlève toute raison d'être aux droits aux biens en nature.

En effet, pour qu'un tel droit conserve une signification, il faut que l'appartenance des biens à l'une ou l'autre succession soit parfaitement déterminée. Il est vain d'organiser le partage par successions séparées si les ascendants ont, par ailleurs, le moyen de faire passer librement dans l'une des successions les biens appartenant à l'autre.

C'est précisément ce qui a lieu dans la confusion successorale réalisée par les ascendants.

L'origine des biens paternels et maternels, réunis en une masse indivise unique, devient indiscernable car chaque ascendant est censé acquérir les biens de l'autre par le jeu d'échanges fictifs. Il en résulte que l'appartenance des biens à l'une ou l'autre succession n'est plus déterminée par leur origine et que la contribution de chaque ascendant dans chacun des lots n'est plus représentée par les biens qu'il y a effectivement mis, mais par une quotité correspondant à sa contribution dans la masse globale (21).

Cette indétermination ne fait pas directement échec au droit aux biens en nature des indivisaires, mais s'oppose indirectement à son application car cette dernière suppose exactement connue la composition en nature de chacune des successions.

II. — *Conformité de la confusion successorale aux intérêts des héritiers.*

177. — D'autre part, il faut reconnaître que le droit aux biens en nature, entraînant le partage séparé des successions, est loin d'être indispensable à la protection des intérêts des descendants.

Bien plus, on l'a vu, le partage des successions confondues est plus conforme à leurs intérêts réels car il assure la dévolution globale des groupements économiques réalisés par les ascendants.

Ces considérations ont incité la doctrine et la jurisprudence à reconnaître la validité de principe de la confusion des successions, que le législateur a consacrée dans l'article 1080 du Code civil.

(21) Voir *infra*, n^o 182 et suiv.

178. — La formation d'une masse globale pour le partage en nature, soit par les héritiers, soit par les ascendants, est donc largement possible.

a) S'agissant de deux successions *ab intestat*, la masse globale est réalisée par l'accord de tous les héritiers présents et capables.

b) Dans les partages d'ascendant, la confusion successorale est généralement nulle, mais la nullité est d'ordre privé et des sanctions peuvent être édictées à l'encontre des héritiers qui l'invoqueraient.

Deux variantes de la confusion échappent à ce principe :

— le testament-partage du conjoint survivant sur les biens communs est pleinement valable.

— les époux ne peuvent collaborer à un même testament-partage pour réaliser la confusion et la nullité, dans ce cas, est d'ordre public.

TITRE II

Répartition de la masse globale

I. — FONCIBILITÉ DES BIENS RÉPARTIS.

179. — Réunis en une même masse indivise, les biens paternels et maternels sont devenus fongibles et cette fongibilité, conséquence de la confusion, domine les règles de la répartition.

On dit, généralement, que des biens sont fongibles entre eux, lorsque, considérés sous un certain rapport, ils sont parfaitement interchangeables (1).

Il en est ainsi, au droit en nature près, pour les biens compris dans les successions communes entre les mêmes héritiers au moment où ils sont répartis. C'est que, dans le partage, chaque héritier, quelle que soit la quote-part, a vocation de la totalité de chacun des biens de l'une ou l'autre masse successorale. Seul le droit aux biens en nature oblige à faire la distinction des origines.

Dès lors, si ce droit est écarté, la fongibilité de tous les biens devient effective, de telle sorte que les deux successions peuvent être partagées comme une seule et même masse indivise.

II. — PROBLÈMES POSÉS PAR LA FONCIBILITÉ.

La fongibilité des biens dépendant des successions confondues est donc la conséquence de la non-application du droit aux biens

(1) GARY, Thèse précitée. De la GRASSERIE, De la fongibilité juridique, Rev. Gén. du Droit, 1911, pp. 133, 241, 343, 534.

en nature, qu'il soit écarté par les ascendants ou que les héritiers renoncent à s'en prévaloir.

Tout en correspondant à une réalité certaine, la fongibilité n'en prend pas moins sa source dans une expression de volonté des ascendants ou des héritiers. Son caractère conventionnel laisse alors prévoir que ses incidences ne seront pas illimitées.

Effectivement, sans que la validité de la confusion des successions soit remise en cause, les effets de la fongibilité des biens répartis trouvent une limite dans la nécessité de respecter les principes d'ordre public et les droits des tiers.

Sous-titre premier

Domaine d'incidence de la fongibilité des biens répartis

180. — Dans la mesure où l'ordre public et les droits des tiers ne sont pas en cause, la fongibilité développe librement tous ses effets.

Ses incidences doivent être appréciées à l'égard de l'ensemble du régime juridique du partage d'ascendant, considéré tant sous le rapport de la technique des libéralités qu'il utilise que sous celui du but répartitif recherché par l'auteur de l'acte.

CHAPITRE PREMIER

INCIDENCE DE LA CONFUSION VOLONTAIRE DES SUCCESSIONS SUR LA TECHNIQUE DU PARTAGE D'ASCENDANT : DONATION OU TESTAMENT

181. — I. — La fongibilité étant liée à l'aspect répartitif de l'acte, on a parfois nié qu'elle puisse avoir une incidence sur sa technique, empruntée à la donation et au testament.

Dans cette optique, ces biens seraient parfaitement interchangeables dans la mesure où les règles du partage sont en cause, mais il serait impossible de les considérer comme tels au regard des règles des libéralités. L'émolument attaché aux titres des copartagés ne pourrait être affecté par la confusion successorale et n'en subirait pas les effets. En particulier, la reprise exercée par un ascendant contre un descendant au titre de son droit de retour ou de la révocation ne porterait jamais que sur les biens provenant de lui, à l'exclusion de ceux de son conjoint.

Pour d'autres, au contraire, l'incidence de la fongibilité doit être admise même sur les règles de la technique du partage d'ascendant. Les auteurs qui reconnaissent cette portée à la confusion successorale donnent souvent le nom de conjonctivité à cette équivalence absolue des biens répartis, tant dans le partage que dans la transmission. Billey écrit ainsi : « La conjonctivité est l'impossibilité juridique, dans un partage d'ascendant portant sur des biens qui appartiennent à deux époux, d'envisager séparément la répartition des biens du mari et celle des biens de la femme » (2).

(2) BILLEY, Thèse précitée, n° 71, p. 66.

L'équivalence absolue des biens bouleverse alors le contenu des titres des copartagés de sorte que le droit de retour ou la révocation d'un ascendant s'exercent sur une quotité du lot, sans égard à l'origine des biens.

II. — A vrai dire, le problème n'est pas spécial au partage d'ascendant.

Il se pose en termes analogues pour les libéralités rapportables. La donation en avancement d'hoirie, ou le legs à charge de rapport, réalisent en effet des attributions de biens successoraux et portent ainsi répartition de la masse héréditaire elle-même, encore que les enfants ne figurent à l'acte ni en qualité d'héritiers, ni en qualité de copartagés.

Dès lors, une véritable confusion successorale est opérée lorsque la donation en avancement d'hoirie est l'œuvre de deux époux. En raison de l'analogie des deux situations, il sera possible, dans l'étude du partage d'ascendant, de faire état des solutions intervenues en matière de libéralités rapportables.

III. — Entre le système acceptant les incidences de la fongibilité sur les règles techniques du partage d'ascendant, et celui rejetant ces incidences, un choix s'impose.

En réalité, ils s'opposent surtout en ce qui concerne l'objet du droit de retour ou de la révocation exercée par l'ascendant et c'est à cette occasion que nous essayerons de choisir entre eux (3).

Toutefois, la clarté de l'étude exige un exposé préalable des deux systèmes.

Le système rejetant l'incidence de la fongibilité sur les titres des copartagés s'énonce simplement : toutes les fois où les règles techniques du partage d'ascendant nécessiteront la détermination du contenu des titres des copartagés (titre d'héritier ou titre de donataire), seuls les biens provenant effectivement de l'ascendant, ou de chaque ascendant, seront pris en considération (4).

Dans le système de la conjonctivité, au contraire, le contenu du titre est une quotité du lot. Mais il importe alors de préciser le montant de cette quotité représentant la contribution de chaque ascendant dans chaque lot.

(3) La solution sera valable pour tous les cas où le contenu des titres des copartagés doit être déterminé en particulier, en dehors de l'objet du retour et de la révocation, pour le calcul de la réserve des ascendants qui exige la connaissance des biens donnés ou légués, au sens de l'article 922 du Code civ.

(4) Pour une application aux donations d'excédent de lot comprises dans le partage d'ascendant voir DEPIERROIS, R.G.N. 1961.28152.

Nous étudierons donc successivement la contribution des ascendants dans chacun des lots puis, afin d'éliminer l'un des systèmes, l'objet du droit de retour ou de la révocation exercés par l'ascendant.

Section 1.

Contribution des ascendants.

182. — La loi elle-même a posé les principes fondamentaux concernant la contribution des ascendants lorsqu'on admet l'incidence de la fongibilité sur les titres des copartagés.

Aux termes de l'article 1438 du Code civil, en effet, les père et mère qui ont doté conjointement l'enfant commun sont censés avoir doté chacun pour moitié, quelle que soit l'origine des biens donnés, sauf s'ils ont exprimé la portion pour laquelle ils entendaient contribuer.

La contribution de chaque ascendant est donc représentée par une quotité des biens donnés. S'agissant de dot, cette quotité est de moitié, mais rien n'impose d'étendre la règle en dehors de ce cas.

D'autre part, les époux peuvent déterminer eux-mêmes leur contribution, dans une clause de l'acte, puisque tous les biens répartis sont équivalents à leur égard.

Il faut donc étudier la contribution des ascendants en l'absence de clause et la validité des clauses relatives à la contribution des ascendants (5).

Sous-section 1.

Contribution des ascendants en l'absence de clauses.

La question se pose en termes sensiblement différents selon que les biens répartis sont propres aux ascendants ou proviennent de leur communauté.

§ 1. — BIENS PROPRES.

183. — Les auteurs qui admettent la notion de conjonctivité, enseignent généralement que la contribution des ascendants dans

(5) La contribution des ascendants importe principalement pour la détermination de l'objet du droit de retour ou de la révocation et pour le calcul de leurs réserves. Il sera fait état dans cette section des décisions intervenues dans l'un et l'autre domaine.

chacun des lots doit être déterminée selon le système de la fiction conjonctive.

L'expression a une résonnance insolite. Elle veut sans doute évoquer que la théorie de la conjonctivité suppose inclus dans le partage d'ascendant des transferts entre les patrimoines des ascendants qui sont purement fictifs (6). Nous utiliserons cette terminologie, couramment adoptée par les auteurs.

I. — *Système de la fiction conjonctive.*

A. — *Exposé.*

D'après ce système, la quotité représentant la contribution de chaque ascendant dans chaque lot est la même que la quotité représentant sa contribution dans la masse globale répartie.

On recherchera donc l'origine des biens répartis et on procédera à leur évaluation. On évaluera ensuite la masse globale et on établira le rapport entre la valeur des biens donnés par chaque époux et la valeur de la masse globale. Ce rapport, appelé fiction conjonctive, sera appliqué à chacun des lots pour connaître la participation de chaque ascendant.

B. — *Appréciation.*

Ce système n'est sans doute pas parfait mais il semble bien être le meilleur et le plus logique.

Le choix d'un système peut s'inspirer de plusieurs considérations :

1° La contribution de chaque ascendant doit être constante pour tous les lots. Puisque les biens sont, par hypothèse, équivalents on ne voit pas sur quoi se fonderaient des discriminations.

2° Aucune récompense ne doit naître à la charge de l'un ou de l'autre époux à raison de sa participation à l'acte. Si des récompenses sont dues entre époux de ce fait, c'est que la contribution effective de chacun n'est pas conforme à la contribution théorique calculée d'après le système adopté.

3° Enfin, l'un des avantages du partage des successions confondues étant d'éviter la liquidation des successions réparties, il faudrait éviter d'imposer cette opération pour le calcul de la contribution des ascendants.

(6) Voir *supra*, n° 170.

Or la fiction conjonctive est le seul système à remplir la deuxième condition, il ne fait naître aucune récompense entre époux.

Quant à la liquidation des successions, aucun système ne l'évite. Si on fixe par exemple à la moitié la contribution de chacun, on élude bien provisoirement une distinction des biens paternels et maternels puisque la détermination de la quotité adoptée ne l'exige pas ; mais dans ce cas une indemnité sera due par l'époux qui a donné moins que l'autre et la distinction des successions devra finalement être faite pour le calcul de cette indemnité. La jurisprudence a d'ailleurs reconnu la supériorité de la fiction conjonctive.

II. — *Jurisprudence.*

184. — Il ne sera fait état ici que des décisions intervenues en l'absence de toute volonté exprimée dans l'acte par les parties. Les ascendants peuvent en effet déterminer librement leur contribution à la répartition (art. 1438 C. civ.) ou l'étendue de leur reprise au cas de retour ou de révocation (7). Nous nous en tiendrons pour l'instant à la jurisprudence relative à la contribution des époux en l'absence de toute stipulation de ces derniers.

Parmi les décisions retenues, certaines concernent la vérification des atteintes à la réserve, d'autres l'objet du droit de retour ou de la révocation. Dans tous les cas, le problème reste celui de la contribution des ascendants dans chacun des lots.

Malgré quelques hésitations, la jurisprudence semble s'être prononcée généralement pour le système de la fiction conjonctive, sans d'ailleurs jamais le nommer.

1° La Cour d'appel de Limoges a toutefois fait application d'un système différent dans un arrêt du 10 février 1926 (8), à l'occasion du calcul de la réserve d'un ascendant. Le conjoint survivant distribue entre ses deux filles, en même temps que ses propres, les biens restés indivis de la mère et d'un troisième enfant prédécédé. Une des sœurs prétend ne pas avoir reçu sa réserve dans la succession du père. Il faut alors déterminer ce qui, dans son lot, représente ses droits dans la succession maternelle. Pour ce faire, la Cour d'appel évalue en argent les droits de la demanderesse dans chacune des successions du père, de la mère et du frère prédécédé. Elle les impute successivement, dans l'ordre chronologique de l'ou-

(7) Voir *infra*, n°s 189 et s.

(8) Cassé par Civ., 28 octobre 1929, S. 1931.I.257, note Vialleton.

verture de ces successions, sur les acquisitions de la sœur dans la donation-partage. Ainsi, ces acquisitions représentent d'abord ses droits dans la succession du frère, puis de la mère, ce qui reste étant la contrepartie de ses droits dans la succession du père, ouverte en dernier.

La Cour de cassation n'a pas eu à apprécier ce système de calcul, le pourvoi qui a entraîné la cassation de l'arrêt soulevant des moyens différents. Mais il paraît totalement arbitraire et, comme l'écrit M. Vialleton, « méconnaît le caractère global des attributions et l'unité des opérations d'un partage cumulatif ». Plutôt que l'imputation chronologique, l'auteur préconise l'imputation proportionnelle aux droits de l'héritier dans chaque succession, c'est-à-dire la fiction conjonctive.

2° La jurisprudence a condamné formellement la généralisation du système de l'article 1438 du Code civil ; participation pour moitié de chacun des époux.

On s'accorde en général à reconnaître que cette disposition doit rester exceptionnelle et ne se justifie que par l'obligation naturelle de doter l'enfant commun qui incombe à chaque époux (9).

Son application au cas d'un abandon universel de biens par les deux époux donnerait des résultats peu satisfaisants. En effet, les fortunes des deux époux sont rarement égales et si on présume que leur contribution est égalitaire, le moins fortuné devra une récompense à l'autre. Une telle récompense se conçoit dans le cas d'une dot portant sur un effet déterminé ou sur quelques biens seulement. Elle semble contraire à la volonté des époux et à l'esprit de l'institution, lorsqu'ils se dépouillent de l'ensemble de leurs biens au profit de leurs enfants (10).

Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé que la présomption de l'article 1438 devait être écartée en matière de partage de successions confondues. Dans un premier arrêt, la Chambre civile déclare que « si l'article 1438, qui se réfère plus spécialement au cas où une dot a été constituée par contrat de mariage peut s'étendre aussi suivant les circonstances, aux divers autres cas où le père et la mère ont fait à leurs enfants communs une libéralité destinée à lui procurer un établissement par mariage ou autrement, c'est à la condition qu'il soit constant que les père et mère, en faisant cette libéralité, ont entendu contracter une obligation conjointe, de sorte que le paiement fait avec les biens propres de l'un des époux a pour conséquence de libérer l'autre de sa part

(9) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. X, n° 461.

(10) BILLEY, Thèse précitée, n° 73, pp. 68-69.

dans l'obligation » (11). En dehors du cas de la dot, la volonté des époux doit donc apparaître clairement de participer à égalité. Et l'arrêt en conclut, après la Cour d'appel, que lorsque les époux ont fait un partage comprenant seulement les biens du père, il faut présumer que la femme n'est intervenue que pour garantir le donataire contre l'éventualité d'une éviction résultant de son hypothèque légale.

La Chambre des requêtes, à son tour, a déclaré que la présomption de l'article 1438 ne jouait pas, lorsque les termes de l'acte n'indiquaient pas que les époux avaient entendu s'obliger pour moitié. Aucune récompense n'est donc due par l'époux le moins fortuné à la succession de l'autre (12).

3° La jurisprudence dominante calcule la participation des ascendants dans chacun des lots selon la méthode de la fiction conjonctive.

Il semble bien qu'on puisse citer en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation en date du 3 janvier 1934, rendu en matière de retour conventionnel (13). Les enfants avaient partagé cumulativement les immeubles provenant de la succession du père décédé et ceux compris dans une donation collective de la mère. La Chambre des requêtes confirme l'arrêt attaqué en ce qu'il avait décidé que le droit de retour de la donatrice ne s'exercerait que sur la part virile et non sur l'ensemble des immeubles compris dans le lot de l'enfant décédé. Mais qu'est-ce que la part virile d'un enfant ?

On peut penser que la part virile est le rapport entre la valeur du lot de l'enfant et le nombre des enfants compris dans le partage. Si le lot d'un enfant est de 500 et qu'il y ait cinq enfants, la part virile de chacun sera 100.

Si telle a été effectivement la pensée de la Cour, le système utilisé par elle ne saurait avoir la valeur d'un principe. Il est, en effet, totalement arbitraire de diviser la valeur du lot par le nombre d'enfants pour déterminer la contribution de l'ascendant. On a fait observer à cet égard que, dans le cas où les deux ascendants exerceraient leur droit de retour, la méthode de la part virile ainsi entendue conduirait à admettre qu'une partie du lot n'est pas reprise par les ascendants. Soit en effet un partage de successions confondues entre cinq enfants, la part virile est le cinquième de chaque lot. Si le droit de retour est exercé par un seul ascendant, ce dernier reprendra le cinquième du lot de l'enfant. S'il est exercé par les deux ascendants, chacun reprendra une part virile,

(11) Civ., 29 juin 1897, D. 1900.I.582.

(12) Req. 23 juin 1903, S. 1904.I.45.

(13) Req. 3 janvier 1934, précité.

c'est-à-dire au total les deux cinquièmes du lot, trois cinquièmes restant acquis à l'enfant (14) ce qui est évidemment inadmissible. Et le calcul de la réserve opéré dans ces conditions serait tout aussi inacceptable.

Mais en réalité, comme le remarque M. Savatier, la Cour de cassation n'a pas entendu consacrer un tel système. En première instance, le tribunal a voulu restreindre le droit de retour non à une part virile du lot, mais à une part virile des biens de la mère, ce qui revient au même que la fiction conjonctive (15). La Cour d'appel a parlé par confusion de la part virile du lot, expression reprise par la Cour de cassation. La confusion était en l'espèce d'autant plus facile que les biens paternels et maternels étaient sensiblement de valeur égale. Mais il ne paraît pas douteux que le système appliqué par les juges du fond et confirmé par la Cour de cassation était celui de la fiction conjonctive.

C'est également le système adopté par de nombreuses décisions de tribunaux inférieurs (16).

La fiction conjonctive permet de même de déterminer la contribution des époux dans le partage des biens communs.

§ 2. — BIENS COMMUNS.

185. — Les ascendants comprennent fréquemment les biens communs dans leur partage.

La donation-partage conjonctive réalisée par les deux époux sur les biens communs, laisse subsister la communauté elle-même qui ne peut disparaître que pour les causes de dissolution énumérées par la loi.

Au contraire, après le décès de l'un des époux, la communauté est devenue une simple indivision, masse inerte qui ne peut plus s'enrichir en fonds et que le conjoint survivant peut répartir dans sa totalité.

Cette différence entre les deux situations conduit à distinguer la donation-partage conjonctive et la donation-partage cumulative.

I. — *Donation-partage conjonctive.*

S'agissant de donation de biens communs par les deux époux, les auteurs enseignent généralement que la femme s'engage en tant

(14) VIALLETON, *Rev. crit.*, 1937, p. 426.

(15) En ce sens MAZIN, *Etude pratique R.G.N.* 1923. 20458, § 3.

(16) Angers, 3 mai 1871, S. 1871.2.243. Angers, 1^{er} juillet 1941, R.G.N. 1942. 26079. Grenoble, 10 janvier 1949, J.C.P. 1950.II.5319, Ed. Not., note Vouin.

que coassociée et dans la mesure seulement de ses droits dans la communauté (17). Certains auteurs pensent toutefois que depuis la réforme de 1942, la femme s'engage comme codonatrice et contribue à l'acte pour moitié (18).

En matière de donation-partage conjonctive, la jurisprudence décide que chaque époux contribue pour moitié à la répartition de la communauté légale. On peut alors se demander quelle est la signification exacte de cette solution.

A. — *Solution de la jurisprudence.*

a) La première décision ayant admis la reprise sur la moitié des biens communs semble être un arrêt de la Cour de Rennes. Deux époux avaient fait entre leurs trois enfants une donation-partage portant sur leurs propres et les biens communs. Le père décède le premier, puis l'un des enfants. La veuve de ce dernier prétend alors limiter à la part virile, c'est-à-dire au tiers, le retour légal auquel pouvait prétendre la mère codonatrice sur le lot de son enfant décédé. La Cour repousse cette prétention et déclare que, en ce qui concerne les biens communs, le retour légal doit s'appliquer à la moitié de ceux qui se retrouveraient encore dans la succession du fils (19).

b) La même solution a été adoptée par la Cour de cassation en matière de révocation. Après le décès du père coauteur de la donation-partage, la mère obtient la révocation contre l'un des attributaires. L'arrêt décide que la mère ne peut prétendre qu'à la restitution de la moitié des biens communs compris dans la donation révoquée, et qu'elle est sans droit sur l'autre moitié de ces mêmes biens (20).

c) Enfin le système a été confirmé par un arrêt récent de la Chambre civile (21).

Isabelle Hernandez avait reçu de ses parents, à titre de donation-partage anticipée, avec réserve du droit de retour, une propriété rurale dépendant de la communauté. Après le décès de son père, elle fit donation à son époux de la pleine propriété des biens qui composaient sa succession. Etant elle-même décédée sans postérité, son mari vendit à un sieur Valle tous les droits indivis qu'il avait ainsi recueilli sur la propriété. L'arrêt d'appel déclare, après le tri-

(17) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. X, p. 461.

(18) FRÉJAVILLE, chronique précitée.

(19) Rennes. 3 novembre 1893, D. 1894.239.

(20) Civ., 14 janvier 1913, D. 1913.I.138.

(21) Civ. 1^{re}, 26 janvier 1954, J.C.P. 1954.II.8038, note Voirin.

bunal que, par l'effet du retour dû à la mère survivante décédée après la vente, la propriété se trouve indivise pour moitié entre cette dernière et l'acquéreur et doit être partagée. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que, à défaut de clause contraire, la dissolution de la communauté « avait nécessairement limité les effets du droit de retour à la part indivise des biens appartenant à la donatrice, l'autre moitié étant déjà devenue la propriété définitive de la donataire au décès de son père ».

La Cour de cassation semble donc bien fixée en ce sens que la contribution des époux dans la répartition des biens communs est de moitié.

B. — *Sens de la solution jurisprudentielle.*

186. — La solution de la jurisprudence s'inspire-t-elle de la fiction conjonctive, de la présomption de l'article 1438 du Code civil ou, plus récemment, de la solution préconisée par certains auteurs depuis 1942 ?

a) *Avant 1942.*

1° Il ne paraît pas que la Cour de cassation ait entendu appliquer aux biens communs le système de la contribution de moitié de l'article 1938 du Code civil.

Dans l'esprit de la Cour, la contribution des époux sur les biens communs n'est égalitaire que lorsque les droits des époux dans la communauté sont de moitié.

Il est certain que la solution donnée par les arrêts eût été différente si les époux avaient prévu dans leur contrat de mariage un partage de la communauté sur des bases autres que la moitié. Si par exemple, les époux avaient respectivement droit au tiers et aux deux tiers de la communauté, leur contribution au partage des biens communs serait du tiers ou des deux tiers selon l'époux considéré (22). Toute autre solution ferait naître entre les époux des indemnités qui s'accorderaient mal avec le but d'une démission de biens.

D'autre part, la Cour suppose que la mère survivante accepte la communauté. Ce postulat, dit M. Savatier, semble inscrit en filigrane dans les décisions (1). Si la reprise au titre du retour ou de la révocation a lieu à son profit du vivant des deux époux, sa renonciation ultérieure l'obligerait à restituer les biens repris.

(22) Req. 31 juillet 1867, précitée.

(23) SAVATIER, R.T.D.C. 1954.520.

2° Comment rattacher alors les solutions données par la jurisprudence à l'idée de fiction conjonctive ?

Certes, sous le régime de la communauté légale, les époux ont bien un droit théorique de moitié sur les biens communs et on a vu que si une autre quotité avait été stipulée dans le contrat de mariage, c'est cette quotité qui déterminerait la contribution des époux.

Mais ces quotités théoriques renseignent fort peu sur l'étendue des droits définitifs des époux. Généralement, en effet, en raison des récompenses qui peuvent être dues de part et d'autre, la liquidation de la communauté est nécessaire pour savoir dans quelle mesure chaque bien commun appartient individuellement à l'un ou l'autre des conjoints. Cette observation conduit M. Savetier à conclure que les arrêts semblent exclure la fiction conjonctive pour les biens communs.

En réalité, la solution de la Cour de cassation paraît bien en être une application.

Il faut remarquer, en effet, que les biens compris dans la donation-partage sont définitivement sortis de la communauté lors de l'acte et ne peuvent faire l'objet de prélèvements au titre des reprises et récompenses.

Certes, au décès du prémourant des époux, les copartagés acquièrent la qualité d'héritiers sur une partie des biens distribués qui se trouve ainsi réintégrée dans la masse héréditaire. Mais cette conversion de titre n'entraîne pas une réintégration des biens dans la masse communautaire où ils pourraient subir les prélèvements.

Les droits des époux sur les biens partagés sont donc ceux prévus par le contrat de mariage, sans qu'il y ait à tenir compte des prélèvements.

b) *Depuis 1942.*

187. — Faut-il attacher un sens différent au dernier arrêt de la Chambre civile, rendu après les réformes de 1942 ?

L'article 1422 actuel dispose que le consentement de la femme est nécessaire à la validité des donations de biens communs. Certains auteurs en ont conclu que la femme devait être réputée codo-natrice, sa contribution à l'acte étant égale à celle de son mari (24).

Même si cette solution doit être admise pour les donations simples, il paraît peu souhaitable de l'étendre aux donations-partages. Elle ferait naître des récompenses entre les époux toutes

(24) FRÉJAVILLE, chronique précitée.

les fois où leur contribution réelle n'est pas égalitaire. Ces récompenses seraient peu compatibles avec une démission générale de leurs biens.

La contribution des époux à la donation-partage conjonctive est donc représentée par leurs droits effectifs dans les biens communs partagés, tels qu'ils sont prévus par le contrat de mariage.

II. — *Partage d'ascendant cumulatif réalisé par le conjoint survivant.*

188. — La contribution du conjoint survivant du partage d'ascendant cumulatif ne peut être déterminée que par la liquidation de la communauté.

1° C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'Angers. Dans le cas d'une donation-partage du conjoint survivant, la Cour a décidé que « pour savoir sur quelle portion de l'immeuble commun, laissé à son décès par l'enfant décédé, le retour légal du conjoint survivant devra s'exercer, il sera nécessaire de déterminer la part du survivant dans l'immeuble commun et pour ce, de procéder rétroactivement à la liquidation et au partage de la communauté ayant existé entre les époux, et à des comptes entre parties... » (25).

Cette solution est exacte et n'est pas en contradiction avec celle admise pour la donation-partage conjonctive.

2° Le partage d'ascendant cumulatif réalisé par le conjoint survivant porte, en effet, sur la communauté dissoute et transformée en indivision post-communautaire qui n'a plus d'existence abstraite, indépendante des biens qui la composent. Il en résulte que les reprises en valeur et les récompenses ne sont pas détachables des biens indivis et sont distribuées avec eux de telle sorte que si tous les biens sont partagés, toutes les récompenses et reprises en valeur le sont également, car l'indivision post-communautaire n'existe plus.

Les reprises en valeur et les récompenses sont donc comprises dans la distribution, proportionnellement à l'étendue de celle-ci. C'est pourquoi on ne peut connaître la quotité des droits du conjoint survivant dans chacun des lots qu'en procédant à la liquidation de la communauté entière. Des opérations compliquées risquent de s'ensuivre, mais elles sont inévitables. Il n'est même pas possible aux parties de stipuler l'interdiction de liquider la com-

(25) Angers, 18 décembre 1878, D. 1879.2.172.

munauté. Une telle clause contenue dans une donation-partage ne pourrait affecter ni l'exercice du droit de retour du conjoint survivant, dont les aménagements contractuels constituent des pactes sur succession future (26), ni le calcul de la réserve, dont les modalités sont d'ordre public. De même dans un testament-partage la clause tendrait à modifier le calcul de la réserve et serait nulle (27).

Sur les biens communs comme sur les propres, c'est donc la fiction conjonctive qui permet de connaître la contribution des ascendants. Mais elle ne vaut que comme présomption et les époux pourraient fixer différemment leur contribution.

Sous-section 2.

Clauses relatives à la contribution des ascendants dans les donations-partages.

189. — Aux termes de l'article 1438 du Code civil, les époux qui dotent leur enfant commun peuvent écarter la présomption édictée par la loi, selon laquelle leur participation est de moitié. Cette règle doit être généralisée, car la liberté des époux à cet égard est une conséquence de la confusion des successions.

La confusion a, en effet, des fonctions multiples. Dans les libéralités rapportables faites conjointement par le père et la mère, son but unique est précisément de permettre aux époux de déterminer librement leur participation, ce qui est rendu possible par la fongibilité des biens.

Dans les partages d'ascendant, le but essentiel de la confusion est de permettre d'éluder les exigences des différents mécanismes juridiques imposant le partage par successions séparées : droit aux biens en nature, réserve, lésion. Mais en raison de la fongibilité des biens, il est loisible aux ascendants, tout comme dans les libéralités conjointes rapportables, de déterminer librement leur contribution à l'acte.

Précisons que de telles clauses ne sont concevables que dans les donations-partages. Elles sont également exclues lorsque la confusion est le fait des enfants qui partagent cumulativement les donations collectives des père et mère ou la donation collective d'un époux et la succession indivise de l'autre, car, dans ces cas, la confusion est réalisée sans intervention des ascendants.

(26) Angers, précité. Besançon, 10 mars 1897, précité.

(27) S'agissant d'un testament-partage, il n'est pas question de droit de retour au profit du conjoint survivant.

§ 1. — CLAUSES MODIFIANT LA CONTRIBUTION INITIALE DES ÉPOUX.

190. — Les époux peuvent déclarer dans l'acte qu'ils participent à la donation-partage pour une quotité différente de la fiction conjonctive. Leur liberté est entière de choisir la quotité qui leur convient. On ne peut citer que des exemples. L'époux dont la contribution stipulée est supérieure à la contribution réelle sera débiteur envers l'autre d'une récompense, s'agissant des biens communs, ou d'une indemnité, s'agissant des biens propres.

a) La femme peut intervenir à l'acte seulement pour autoriser le mari à disposer des biens communs sans s'engager personnellement. De même, l'intervention de la femme peut s'expliquer par sa volonté d'autoriser le mari à comprendre des biens à elle propres dans une donation-partage à laquelle il entend contribuer seul.

b) Au contraire, la femme pourrait étendre son engagement par rapport au droit commun de la fiction conjonctive en prenant la qualité de codonatrice, soit quant aux propres du mari, soit quant aux biens communs.

Dans tous les cas, l'intention des époux d'écarter le droit commun doit être précisée, mais leur volonté à cet égard peut être seulement tacite ou résulter des circonstances de fait qui ont entouré la rédaction de l'acte.

§ 2. — CLAUSES D'IMPUTATION.

191. — Pendant la vie des deux époux, leur contribution respective à l'ensemble de l'acte est mesurée par l'importance de leurs apports à la masse globale répartie.

Cette règle risque de mettre le conjoint survivant dans une situation difficile, s'il ne lui reste pas de ressources personnelles suffisantes, alors que les enfants copartagés recueilleront peut-être de nouveaux biens dans la succession du prédécédé.

D'autant plus que dans certains cas, la donation-partage prend une importance que les conjoints n'auraient pas souhaitée. Il en est ainsi lorsque leurs patrimoines comprennent des groupements de biens présentant une certaine indivisibilité. Pour éviter une dissociation préjudiciable aux héritiers, les conjoints les comprendront ensemble dans la donation-partage et souffriront ainsi un appauvrissement auquel ils n'auraient pas consenti dans des circonstances différentes.

Ainsi la pratique a-t-elle imaginé des clauses tendant à sauvegarder la situation du conjoint survivant.

Ces clauses dites d'imputation ont pour objet de faire porter, dans toute la mesure du possible, le poids de la donation-partage sur la succession du conjoint prémourant, en modifiant la contribution définitive de chacun des époux. Elles sont généralement insérées dans une constitution de dot, mais rien ne s'oppose à ce qu'elles trouvent application dans toutes donations conjointes et dans les donations-partages conjonctives.

Bien que dans ce dernier cas, le rapport à fin d'égalité ne soit pas dû à la succession du donateur, la clause d'imputation n'en présente pas moins un intérêt certain. En effet, la clause ne se contente pas de régler les rapports à succession ; elle domine entièrement la question de la contribution des époux et, par suite, tous les problèmes résolus en fonction de cette contribution : récompenses entre époux, étendue de la reprise en cas de retour et de révocation, appréciation des atteintes à la réserve (28).

Comme pour la dot, les clauses peuvent prévoir une imputation intégrale sur la succession du prémourant, ou une imputation sur la succession du prémourant avec imputation subsidiaire sur la succession du survivant.

I. — *Imputation sans subsidiarité.*

La clause d'imputation sans subsidiarité fait porter le poids intégral de la dot sur la succession du prémourant.

A. — *Effets du vivant des époux.*

La contribution des époux n'est pas modifiée tant qu'ils vivent et continue d'être déterminée par le système de la fiction conjonctive. C'est au décès du premier mourant que la clause produit ses effets.

B. — *Effets au décès du premier mourant.*

1° La succession du prémourant doit supporter la charge de l'intégralité de la donation-partage. Cette dernière ayant porté sur des biens de différentes origines, des indemnités sont généralement dues.

(28) PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 138-2 et suiv., p. 283.

Si la donation-partage a été faite en biens communs, la communauté a droit à une récompense dans la mesure de son appauvrissement.

Si elle a été faite en propres des deux époux, une indemnité est due par les copartagés au conjoint survivant pour la valeur des propres qu'il a apportés à la masse globale.

Ces indemnités sont calculées d'après la valeur des biens au jour de la donation-partage (29).

2° S'agissant de donation-partage, aucun rapport n'est du par les copartagés à la succession du conjoint prémourant. Mais l'indemnité qu'ils paient à la communauté ou au conjoint survivant risque de les appauvrir s'ils ne recueillent pas des biens d'une valeur correspondante dans la succession ouverte. On peut alors envisager de faire appel à l'imputation subsidiaire sur la succession du conjoint survivant.

II. — *Imputation avec subsidiarité.*

La clause d'imputation subsidiaire insérée dans une donation-partage produit des effets plus simples à définir qu'en matière de dot.

a) Du vivant des époux, la clause est sans effet. Leur contribution est représentée par leurs apports respectifs à la masse répartie.

b) Au décès du prémourant, en vertu de la clause, les copartagés ne devront une indemnité au conjoint survivant que dans la mesure de la valeur des biens qu'ils recueillent dans la succession du prémourant. Ainsi se trouvera évité leur appauvrissement.

§ 3. — RENONCIATION AUX REPRISES ET RÉCOMPENSES.

192. — 1° Il arrive fréquemment que les époux, ou le conjoint survivant auteur unique de l'acte, renoncent, dans la donation-partage, à exercer des reprises en valeur ou les récompenses qu'ils pourraient avoir contre la communauté.

La même renonciation peut également être imposée aux enfants. Ces derniers s'engagent alors envers le conjoint survivant à ne pas exercer les récompenses ou reprises du chef du prédécédé.

(29) Pour la dot PLANIOL et RIPERT, t. VIII, n° 144, p. 295.

2° Quelle est l'incidence de cette renonciation sur la donation-partage et comment vient-elle s'intégrer dans l'acte ?

La renonciation pourrait certes être indépendante de la donation-partage, mais elle concerne la contribution des époux lorsque ces derniers en ont manifesté la volonté. Et leur intention est suffisamment claire à cet égard si la clause est insérée dans l'acte même.

La renonciation produit effet à la dissolution de la communauté puisque c'est à cette époque que les reprises et récompenses deviennent exigibles.

Lorsque la communauté est dissoute par le décès d'un des époux, la renonciation bénéficie, sous réserve de sa validité, soit au conjoint survivant, soit aux enfants. Conformément à l'intention des parties, son montant vient s'intégrer dans la donation-partage en réduisant ou en accroissant la contribution du conjoint survivant selon que la renonciation est à sa charge ou à la charge des enfants.

Lorsque la communauté est dissoute par divorce ou séparation de corps, la renonciation d'un époux à ses reprises et récompenses n'intéresse plus ses rapports avec les enfants, mais seulement ses rapports avec son conjoint. Par suite, elle ne peut avoir aucune incidence sur la contribution respective des époux à la donation-partage.

La clause de renonciation aux reprises et récompenses a donc pour effet de modifier la contribution du conjoint survivant, lorsque la communauté se dissout par le décès d'un des époux.

3° Compte tenu de ces caractéristiques constantes, la clause se présente toutefois sous des aspects différents selon qu'elle figure dans une donation-partage conjonctive ou dans une donation-partage cumulative.

I. — *Donation-partage conjonctive.*

193. — Tout en ayant pour unique effet de modifier la contribution à l'acte du conjoint survivant, la clause de renonciation aux reprises et récompenses tend à atteindre des buts complexes mais, dans certaines de ses fonctions, elle encourt la nullité. En raison des intérêts qu'elle présente, on a d'ailleurs soutenu que la renonciation devait être présumée.

A. — *Buts de la clause.*

a) La clause vise certainement d'abord à procurer un bénéfice aux enfants. Le promettant s'engage, s'il survit, à ne pas réclamer contre eux ses reprises et ses récompenses. Il entend, d'autre part, que le montant de sa renonciation vienne accroître sa contribution dans la donation-partage.

b) Mais la renonciation pourrait être également destinée, dans l'esprit du promettant, et cette fois dans le cas de son prédécès, à bénéficier au conjoint survivant.

Au décès du premier conjoint, le conjoint survivant court, en effet, le risque, après avoir participé au partage de la communauté entre les enfants, de voir prélever ce qui reste de biens communs au titre des reprises et des récompenses du prédécédé. Le mari survivant risque même de voir les enfants réclamer sur ses propres les droits de la femme, si les biens communs sont devenus insuffisants à la suite de la donation-partage. Il en sera différemment si les enfants ont recueilli dans la succession du prédécédé l'engagement de ne pas poursuivre les reprises et récompenses, ou s'ils s'y sont engagés personnellement. La clause mettra alors le conjoint survivant à l'abri de poursuites rigoureuses.

c) La Cour de cassation a même confirmé une interprétation plus extensive de la renonciation, donnée par la Cour d'Alger (30).

Dans une donation-partage réalisée par deux époux, il avait été stipulé que « les reprises que les époux auraient à exercer contre la communauté pour quelque cause que ce soit, et les récompenses qu'ils pourraient lui devoir aussi, pour n'importe quelle cause, se confondent avec les immeubles donnés, en conséquences se trouvent éteintes par la présente donation des immeubles acquêts, de sorte que cette donation est censée comprendre les prélèvements pour les reprises, et la charge des déductions qui seraient à opérer pour les récompenses qu'ils pourraient devoir à la communauté se trouvent définitivement éteintes, sans qu'aucune réclamation puisse être exercée à la dissolution de la communauté ». La séparation de corps est prononcée entre les époux et le notaire liquidateur refuse de faire état d'aucune reprise, en raison de la clause. La Cour d'Alger approuve et la Chambre des requêtes confirme.

Malgré les termes rigoureux de la clause, il semble difficile de ne pas voir dans l'interprétation de la Cour d'appel une véri-

(30) Alger, 20 mai 1931, S. 1931.2.227, confirmé par Req. 14 décembre 1932, D.H. 1933.17.

table dénaturation de l'intention des parties. Insérée dans la donation-partage, la clause était manifestement destinée à modifier la contribution à l'acte des époux. Or, la renonciation aux reprises et récompenses en cas de divorce ou de séparation de corps est sans incidence sur les contributions respectives des ascendants. Elle concerne les seuls rapports entre époux et en aucune façon les rapports de l'un ou de l'autre avec les enfants, comme au cas de dissolution de la communauté par décès. Une telle interprétation est certainement abusive (31).

Il faut donc subordonner le jeu de la renonciation au décès de l'un des époux. Souscrite par le prémourant ou par les enfants, elle protège le survivant contre les poursuites des enfants. Souscrite par le survivant, elle s'oppose à ce qu'il réclame ses reprises et ses récompenses contre les enfants. Dans ces deux cas, la contribution à l'acte du conjoint survivant se trouve modifiée.

Il reste à savoir si la renonciation peut effectivement remplir toutes les fonctions qui lui sont assignées.

B. — *Validité de la renonciation.*

194. — La validité de la renonciation aux reprises et récompenses n'est pas assurée dans tous les cas. Des distinctions doivent être faites suivant les récompenses qui en sont l'objet et suivant le bénéficiaire.

a) *Récompenses objet de la renonciation.*

1° On admet généralement que les époux peuvent à l'occasion d'une donation-partage renoncer à leurs reprises en valeur et aux récompenses déjà nées au moment de l'acte.

Une telle renonciation ne constitue pas une liquidation anticipée de la communauté puisqu'elle reste, jusqu'au moment de la dissolution, à l'état de simple promesse.

Mais s'il ne s'agit que d'une simple promesse, est-elle bien compatible avec la notion de donation-partage, qui doit être réalisée par une dépossession actuelle et effective des biens donnés ? (32).

En réalité, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette objection, car la renonciation ne laisse pas en suspens la dépossession des ascendants, mais uniquement leur contribution à l'acte. Les enfants

(31) Au surplus, la renonciation réciproque des époux à leurs reprises et récompenses semble bien nulle lorsqu'ils en sont les seuls bénéficiaires, voir *infra*, n° 195.

(32) SAVATIER, R.T.D.C. 1936, p. 894.

sont saisis, dès le moment de la donation-partage, de tous les biens qui y sont compris. Seulement il se peut qu'une certaine quotité de ces biens, donnée à l'origine par un ascendant, se révèle finalement donnée par l'autre lorsque la renonciation viendra à effet. La dépossession n'en est pas moins effective.

2° Au contraire, la renonciation aux récompenses futures, non encore nées au moment de la donation-partage, n'est pas valable.

Non qu'il s'agisse d'une liquidation anticipée de la communauté car, là encore, avant la dissolution, la renonciation reste une promesse non exigible. D'autre part, la donation-partage réalise bien une dépossession effective des ascendants, dont seules les contributions respectives restent incertaines jusqu'à la dissolution de la communauté.

Mais en abolissant entre eux et la communauté le compte des récompenses prévu par la loi ou le contrat de mariage, les époux portent atteinte à l'immutabilité de leur régime matrimonial (33).

La renonciation aux récompenses à naître n'est donc pas valable.

A-t-elle été admise par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 14 décembre 1932 ? Les termes généraux de la clause de renonciation qui a été validée le laisserait penser. Mais rien ne permet, dans les termes de l'arrêt, d'en acquérir la certitude. Les récompenses dont la Cour a refusé l'exercice aux époux pouvaient fort bien être déjà nées au moment de la donation-partage.

La renonciation aux récompenses futures est nulle ; mais une clause générale de renonciation doit produire effet pour les récompenses présentes.

b) *Bénéficiaires de la renonciation.*

195. — La validité de la renonciation dépend, par ailleurs, des personnes qui sont appelées à en bénéficier.

1° Il est d'abord certain qu'elle peut lier le conjoint survivant à l'égard des enfants. Rien ne s'oppose à ce que ce dernier renonce, même à l'avance, à exercer ses reprises en valeur et ses récompenses présentes à l'occasion de la liquidation de la communauté entre lui-même et les héritiers. La renonciation vient à effet à un moment où l'immutabilité des conventions matrimoniales ne joue plus.

Les deux conjoints peuvent d'ailleurs promettre la renonciation pour le cas où ils survivraient : destinée au bénéfice des enfants

(33) BILLEY, Thèse précitée, n° 242, p. 205.

seuls, la clause ne tombe pas sous la prohibition des donations mutuelles entre époux par un seul et même acte.

Au décès du premier conjoint, le montant de la renonciation vient s'intégrer dans la donation-partage et accroître la quotité représentant la contribution à l'acte du conjoint survivant.

2° La question de savoir si la renonciation peut bénéficier non plus aux enfants, mais au conjoint survivant est plus douteuse. On sait pourtant qu'une telle renonciation, à la charge des enfants, présenterait un intérêt certain pour le conjoint survivant, en leur interdisant d'exercer les prélèvements sur ce qui reste de biens communs, ou même de poursuivre les propres du mari survivant.

Pour que les enfants soient liés, il suffit de supposer qu'ils trouvent la renonciation dans la succession du prémourant, ou qu'ils se sont engagés personnellement dans l'acte.

1° Les enfants trouvent dans la succession tous les engagements contractés par leur auteur, et en particulier sa renonciation aux reprises et aux récompenses. Ils sont donc tenus de ne pas exercer de prélèvements à ce titre sur les biens communs, ou de ne pas poursuivre les biens du mari survivant.

Du moins en est-il ainsi lorsqu'un seul époux a consenti la renonciation dans la donation-partage. Mais il ne paraît pas possible d'admettre la validité d'une renonciation réciproque. Elle constitue une donation mutuelle entre époux par un seul et même acte, nulle aux termes de l'article 1097 du Code civil (33 bis). Certes, au moment où les deux renonciations viennent à effet, un des conjoints est décédé, de sorte qu'on ne peut dire ni qu'il profite personnellement de la renonciation de son conjoint, ni qu'il est personnellement tenu envers son conjoint par sa propre renonciation. Tout se passe entre le conjoint survivant et les enfants. Il n'en reste pas moins que, au moment où elle est consentie, la renonciation est nécessairement mutuelle et réciproque. Les ascendants ne savent pas lequel des deux survivra, chacun d'eux a une intention libérale éventuelle envers son conjoint pour le cas de survie de ce dernier.

Il suffit de rappeler, à cet égard, les solutions de la jurisprudence relatives aux stipulations d'usufruit et de rentes viagères avec réversibilité. La clause ne s'exécutait pas entre époux, mais entre le conjoint survivant et les enfants. La jurisprudence n'en prononçait pas moins la nullité sur le fondement de l'article 1097 du Code civil.

(33 bis) Un projet de loi contient l'abrogation de l'interdiction édictée par l'article 1097 du Code civil.

La nullité des clauses de réversibilité portant « sur un usufruit, une rente viagère ou des prestations en nature » a été levée par la loi du 7 février 1938, modifiant l'article 1097 du Code civil. Il ne paraît cependant pas possible d'étendre cette disposition au cas de renonciation réciproque aux reprises et aux récompenses (34). Une telle renonciation est nulle, d'une nullité d'ordre public.

La renonciation aux reprises et récompenses ne profite donc au conjoint survivant que si elle n'est pas réciproque.

2° Les ascendants, en partageant leurs biens, peuvent songer à imposer aux enfants de renoncer aux reprises et récompenses qu'ils auraient le droit d'exercer du chef du prémourant. Le conjoint survivant se trouverait ainsi dans tous les cas à l'abri des poursuites des enfants, alors que, on l'a vu, la renonciation du prémourant ne lie ses ayants droit que si la clause n'est pas réciproque.

Mais la renonciation des enfants présente les caractères d'un pacte sur succession future. Ils s'engagent, dans un acte de nature contractuelle, à ne pas exercer certains droits qu'ils recueilleront dans la succession.

La donation-partage est elle-même un pacte sur succession future, mais elle ne constitue pas un cadre susceptible de recevoir tous pactes sur succession future. Tout au plus pourrait-on concevoir que l'immunité accordée par la loi s'étende à des pactes qui, concourant au même but que la donation-partage, en constituerait l'accessoire nécessaire (35). Tel n'est pas le cas pour la renonciation des enfants aux reprises et récompenses du conjoint prémourant qui n'est pas un élément essentiel de l'acte. C'est donc à juste titre que la jurisprudence en a reconnu la nullité (36).

3° Enfin, la renonciation peut-elle jouer entre les époux eux-mêmes en cas de dissolution de la communauté par divorce ou séparation de corps ?

Si la renonciation est unilatérale sans que les parties aient prévu qu'elle doive jouer dans ce cas, il paraît abusif d'interpréter leur volonté en ce sens. Insérée dans la donation-partage, la clause doit avoir une incidence sur la contribution des époux. Elle n'en a aucune au cas de dissolution de la communauté par divorce ou séparation de corps.

Lorsque la renonciation est réciproque, cette interprétation

(34) La permission de l'article 1097 du Code civ. a un caractère exceptionnel et est à interpréter restrictivement. PRÉCIGOUT, L'article 1097 du Code civ. et les réversions de rentes ou d'usufruit entre époux, J.C.P. Ed. Not. 1953.I.1126.

(35) VOIRIN, note sous Lyon, 6 mai 1952, précité.

(36) Besançon, 10 mars 1897, précité.

n'est pas seulement abusive, elle est strictement impossible car, si telle avait été l'intention des époux, la clause serait nulle comme contraire à l'article 1097 du Code civil. Or la clause doit s'interpréter dans le sens où elle produit un effet.

L'arrêt précité de la Cour d'Alger, tout en dénaturant l'intention des parties, a donc fait jouer la renonciation réciproque dans un cas où elle est manifestement nulle. A ce nouveau titre, sa solution est donc critiquable. Apercevant l'objection, la Cour d'Alger soutient que la clause ne contrevient pas à l'article 1097 du Code civil car elle est prévue « en faveur des enfants ». Cette affirmation peut être exacte en cas de dissolution de la communauté par décès. Elle cesse de l'être en cas de divorce ou de séparation de corps.

La validité de la renonciation aux reprises en valeur et aux récompenses est donc loin d'être absolue.

La renonciation ne peut porter que sur les récompenses déjà nées au moment de la donation-partage.

Si elle est unilatérale, elle profite au conjoint survivant ou aux enfants selon que le promettant est prémourant ou survivant. Elle ne joue pas en cas de dissolution de la communauté par divorce ou séparation de corps à moins que le promettant l'ait expressément prévu.

Si elle est réciproque, elle ne peut bénéficier qu'aux enfants héritiers du prémourant. Le conjoint survivant ne peut s'en prévaloir et elle ne peut être prévue pour le cas de divorce ou de séparation de corps.

L'étude de la validité de la renonciation fournit des directives sur l'interprétation de la clause insérée dans la donation-partage. Si la clause est pure et simple, sans précision relative aux cas pour lesquels elle est prévue, elle doit s'interpréter dans le sens où elle peut produire effet (art. 1157 C. civ.). Si les parties l'ont stipulée pour des cas où elle est permise et pour des cas où elle est interdite, elle doit être déclarée valable pour les seuls cas permis.

Mais dans le silence des parties, la renonciation aux reprises et récompenses doit-elle être présumée ?

C. — *La présomption de renonciation aux reprises et aux récompenses.*

196. — Pour certains auteurs, en raison de l'intérêt qu'elle présente, la clause de renonciation aux reprises et récompenses devrait être présumée dans toute donation-partage (37).

(37) BILLEY, Thèse précitée, p. 201 et suiv.

En règle, les renonciations ne se présument pas. Y a-t-il des raisons particulières de déroger à ce principe dans la situation envisagée ? Il ne le semble pas. Au contraire, compte tenu des buts et de la validité de la renonciation aux reprises et récompenses, la présomption doit être rejetée.

a) *Absence de présomption de renonciation aux reprises et récompenses.*

Quel serait, en effet, le fondement de cette présomption ? Il paraît excessif de présumer que chaque époux, en plus de la libéralité à laquelle il participe, a entendu renoncer à ses reprises et récompenses, au cas où il survivrait, comme supplément de libéralité. Il y aurait là une présomption d'intention libérale difficilement admissible.

En réalité, la présomption serait fondée sur l'intention de chaque époux d'éviter que les enfants exercent leurs prélèvements au préjudice du conjoint survivant. Pour atteindre ce but, la renonciation présumée devrait être réciproque, puisque au moment de la donation-partage, on ignore lequel des deux époux décèdera le premier. Mais, on l'a vu, la renonciation réciproque ne peut profiter au conjoint survivant car elle constitue une donation mutuelle entre époux par un seul et même acte. La renonciation réciproque ne bénéficie qu'aux enfants.

Ainsi, si le fondement de la présomption que certains proposent est bien celui que nous avons dégagé, cette présomption doit être écartée, car les buts qu'on envisage d'atteindre ne sont pas réalisables et se heurtent à la prohibition de l'article 1097 du Code civil.

b) *Interprétation de la volonté des parties.*

Il reste toutefois que la renonciation aux reprises et récompenses n'a pas à être exprimée en termes sacramentels et peut résulter de l'économie générale de l'acte, ou des circonstances de fait ayant accompagné sa rédaction.

Ainsi la volonté de la femme de renoncer à une récompense à raison des constructions faites sur l'immeuble du mari est suffisamment claire, lorsqu'elle participe à une donation-partage comprenant ledit immeuble, sans y inclure des biens à elle propres (38).

(38) Poitiers, 9 mai 1883, D. 1884.2.29.

II. — *Donation-partage cumulative réalisée par le conjoint survivant.*

197. — La finalité de la clause de renonciation insérée dans une donation-partage du conjoint survivant est beaucoup moins complexe. Sa portée est d'ailleurs moindre, car les reprises et récompenses sont distribuées en même temps que les biens communs.

1° La donation-partage cumulative réalise une distribution de l'indivision post-communautaire elle-même, au contraire de la donation-partage des deux époux, qui fait sortir les biens de la communauté avant de les partager. Le survivant distribue donc en même temps que les biens communs, une partie des reprises ou récompenses qui appartiennent à lui-même ou aux enfants. La fraction des reprises ou récompenses distribuées est la même que la fraction des biens partagés par rapport à l'indivision entière. Si toute l'indivision est comprise dans la donation-partage, la totalité des reprises et récompenses l'est aussi. La clause de renonciation par le conjoint survivant ou les enfants n'offre donc de l'intérêt que si toute l'indivision n'est pas distribuée, et pour la fraction non distribuée des reprises et récompenses.

La renonciation ne pose aucun problème de validité. Elle peut être réciproque ou unilatérale, consentie par les enfants ou le conjoint survivant. Selon le cas, elle augmente ou diminue la contribution de ce dernier.

2° La renonciation aux reprises et récompenses ne doit pas être présumée. Par sa nature même, la donation-partage du survivant entraîne une renonciation proportionnelle à l'importance des biens distribués, beaucoup plus satisfaisante qu'une renonciation totale quelle que soit la quantité de biens comprise dans l'acte.

Les parties pourraient d'ailleurs réserver expressément tous leurs droits à exercer leurs reprises et récompenses.

*
**

198. — La contribution des époux dans chacun des lots est donc déterminée à partir de leurs droits dans la masse globale répartis, tant pour les propres que pour les biens communs. C'est le système dit « de la fiction conjonctive ».

Les époux peuvent d'ailleurs prévoir des clauses fixant différemment leur contribution à l'acte. L'époux dont la contribution stipulée est supérieure à la contribution effective doit une récompense ou une indemnité à la communauté ou à l'autre époux.

Mais si, parmi les auteurs qui admettent la conjonctivité, l'unanimité s'est faite autour de la « fiction conjonctive », la controverse se poursuit entre les partisans de la conjonctivité et ceux qui déniaient toute incidence de la confusion successorale sur la technique du partage d'ascendant. La discussion se concentre autour de la détermination de l'objet du retour ou de la révocation exercées par l'ascendant.

Section 2.

Détermination de l'objet de la révocation et du droit de retour exercé par l'ascendant.

199. — 1° Le partage d'ascendant empruntant sa technique à la donation et au testament, c'est l'ensemble du statut des libéralités qui tend à s'intégrer dans son régime juridique.

Cet emprunt d'ordre technique ne doit pourtant pas dissimuler la véritable finalité de l'acte, qui est une distribution d'héritage par voie d'attribution (39). En procédant à la répartition entre vifs ou testamentaire de ses biens, l'ascendant se propose avant tout de régler le partage de sa succession *ab intestat* entre ses héritiers. Respectant cette intention, le testament-partage n'affecte pas le titre héréditaire des copartagés et la donation-partage ne leur confère que provisoirement le titre de donataires sur les biens mis dans leurs lots, le titre d'héritiers *ab intestat* leur étant restitué au décès du disposant.

2° Aussi convient-il d'accueillir avec discrimination les règles des libéralités dans le régime juridique du partage d'ascendant. Le retour légal ou conventionnel et la révocation constituent des apports de la technique qui ne doivent être admis que sous bénéfice d'adaptation éventuellement nécessaires.

A. — Le retour légal ou conventionnel s'harmonise parfaitement avec le partage d'ascendant.

On admet sans difficulté que l'ascendant qui a partagé ses biens par donation puisse exercer son droit de retour légal conformément à l'article 747 du Code civil, si un attributaire décède avant lui sans postérité (40). De même, l'ascendant pourrait stipuler le

(39) M. Le BALLE, Cours de Doctorat, 1946-47.

(40) Douai, 14 mai 1851, D. 1852.2.276. Orléans, 23 juillet 1863, D. 1863.2.143, voir les arrêts cités *infra* en matière de partage d'ascendant conjonctif.

retour conventionnel prévu par les articles 951-952 du Code civil (41).

S'il en est ainsi, c'est que le retour s'exerce du vivant de l'ascendant, alors que les copartagés ont encore le titre de donataires et ne prétend pas saisir leurs lots lorsque, après le décès, ils peuvent se prévaloir du titre d'héritiers.

D'autre part, la reprise par l'ascendant des biens donnés dans la succession de l'enfant décédé sans postérité ne laisse pas d'enfant omis et reste sans incidence sur la validité de l'ensemble de l'acte.

200. — B. — Il n'en est pas de même pour la révocation qui laisse le descendant exclu dépouillé de son lot et qui, exercée après le décès du disposant, frapperait les copartagés investis du titre d'héritiers *ab intestat*.

a) C'est pourquoi on ne peut admettre que les bénéficiaires d'un testament-partage puissent intenter l'action en révocation contre un de leurs copartagés. Ce dernier recueille en effet son lot en qualité d'héritier *ab intestat* dont la vocation ne peut être mise en cause que dans les cas d'indignité prévus par l'article 727 du Code civil (42).

b) En matière de donation-partage, les règles de la révocation doivent être appliquées en tenant compte des qualités de donataires et d'héritiers *ab intestat* dont les copartagés sont successivement investis.

1° Du vivant de l'ascendant, la donation-partage n'est pas révocable pour survenance d'enfant, puisque le partage d'ascendant suppose l'existence d'enfants (43).

Avant 1938 d'ailleurs, la survenance d'un enfant omis dans la donation-partage entraînait la nullité de l'acte. Il n'en est plus de même sous le régime actuel, la nullité n'ayant lieu que si l'enfant omis ne trouve pas dans la succession *ab intestat* des biens suffisants pour le remplir de sa part (art. 1077 nouveau).

Les opinions sont partagées sur les droits que peut exercer l'héritier évincé au décès de l'ascendant.

On s'accorde généralement à admettre qu'il peut reprendre dans la succession les biens dont il a été dépossédé car la révocation, portant exclusivement sur la donation, n'a pas pu atteindre les droits héréditaires que le copartagé évincé devait acquérir au

(41) Angers, 13 mars 1867, D. 1867.2.114. Req. 3 janvier 1934, précité.

(42) *Contra* PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 861, p. 1101.

(43) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 839, p. 1057.

décès de l'ascendant sur son lot. Certains font toutefois remarquer que l'héritier ne peut plus invoquer la donation mais seulement ses droits héréditaires dans la succession. Ses cohéritiers auraient par suite l'option, soit de lui laisser reprendre les biens qui lui avaient été attribués dans le partage, soit de lui délivrer des biens héréditaires dans la mesure de ses droits.

S'il ne reste pas de biens suffisants, quels sont les droits des donataires évincés ? Suivant un auteur, ils ne peuvent rien réclamer de plus (44). Mais la doctrine enseignait généralement, avant 1938, qu'ils peuvent obtenir leur réserve par l'action en réduction (45). Et depuis 1938, certains auteurs sont d'avis qu'ils pourraient réclamer un nouveau partage, en provoquant le rapport de tous les biens donnés, par analogie avec les droits reconnus à l'enfant omis (art. 1077 nouveau du Code civil) (46).

Enfin, avant 1938, on s'accordait à reconnaître que la révocation ne portait pas atteinte à l'ensemble du partage qui subsistait entre les autres copartagés (47). Il doit en être de même *a fortiori* depuis 1938, réserve faite de l'opinion rapportée qui autorise l'héritier évincé à provoquer un nouveau partage s'il ne trouve pas de biens suffisants dans la succession *ab intestat*.

201. — 2° Au décès de l'ascendant, les copartagés acquièrent le titre d'héritiers sur les biens distribués et devraient alors se trouver à l'abri de toute révocation. La doctrine enseigne cependant parfois que les cohéritiers peuvent agir contre l'un d'eux en révocation pour cause d'ingratitude ou d'inexécution des charges de la donation (48). Cette opinion s'harmonise mal avec la nature du partage d'ascendant qui est une distribution d'hérédité. Seule l'indignité devrait pouvoir priver les copartagés de leurs droits.

La jurisprudence a d'ailleurs reconnu que les copartagés acquièrent sur leurs lots, après le décès de l'ascendant, un droit irrévocable résultant de la qualité d'héritiers (49).

Le retour ou la révocation ne concernent donc ni le testament-partage, ni la donation-partage après le décès du disposant. Dans ces limites, ils agissent sur les attributions comme sur les libé-

(44) LABBÉ, Rev. crit. 1882.371.

(45) SAVATIER, note sous Req. 22 février 1922, D. 23.180 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1951.

(46) DEPIERROIS, La révocation pour inexécution des charges prononcée à l'égard de l'un des donataires, R.G.N. 1958.27663.

(47) Bordeaux, 30 décembre 1908, D. 1910.2.369, note Thomas. S. 1911.2.177, note Hugueney. Req. 22 février 1922, précité, *contra* Besançon, 26 mars 1880, D. 1881.2.15.

(48) PLANIOL et RIPERT, n° 841, p. 1060.

(49) Entre autres, Civ., 14 janvier 1913, précité.

ralités, et ont pour effet de réintégrer les biens distribués dans le patrimoine du disposant.

202. — 3° Ces principes restent valables au cas de partage de successions confondues. Cependant, la composition variable des lots en biens paternels et maternels crée des difficultés pour la détermination de l'objet de la reprise lorsque le retour ou la révocation sont exercés soit contre un seul attributaire par un seul ou les deux ascendants, soit contre plusieurs attributaires par un seul ascendant.

A. — L'application des règles habituelles du retour et de la révocation conduirait à décider que chaque ascendant reprend les biens qui viennent de son patrimoine et seulement ces biens. Mais ce principe introduit dans le jeu du retour et de la révocation un élément fortuit peu satisfaisant auquel on cherche à échapper. La composition des lots en biens paternels et maternels n'étant pas constante, l'étendue de la reprise variera selon que tel ou tel lot se trouvera frappé.

Pour certains auteurs, ce résultat est inévitable. On ne pourrait concevoir que l'un des ascendants reprenne des biens qui n'ont jamais figuré dans son patrimoine.

Mais pour d'autres, c'est une quotité de biens correspondant à la contribution de l'ascendant dans le lot qui doit faire l'objet de la reprise.

Tels sont les termes essentiels de la controverse qui se développe à propos de l'objet de la reprise des ascendants au cas de retour ou de révocation.

203. — B. — Mais la discussion dépasse les limites du contenu des règles applicables et s'étend à la technique d'élaboration de ces règles.

Une certaine doctrine enseigne en effet que la volonté des ascendants reste impuissante à étendre, par une clause de l'acte, la reprise à des biens autres que ceux donnés par chacun d'eux ou à la limiter à une partie seulement de ces biens. La reprise des biens effectivement donnés résulte donc d'impératifs techniques impossibles à éluder auxquels se brise la volonté de l'ascendant. L'interprétation de l'acte n'est d'aucun secours dans l'élaboration de la règle de droit.

Dans une autre opinion, il convient au contraire de reconnaître toute liberté aux ascendants pour déterminer l'étendue de la reprise. L'interprétation de l'acte devient ainsi une technique primordiale de l'élaboration du droit. Il reste alors à déterminer la règle

applicable en l'absence de toute volonté exprimée, qui peut être soit la reprise d'une quotité, soit la reprise des biens effectivement donnés.

204. — C. — La jurisprudence n'a pas hésité à recourir largement, et parfois abusivement, à la méthode de l'interprétation des actes et de nombreux arrêts mettent en présence des efforts des juges du fond pour dégager une volonté souvent douteuse et parfois inexprimée des parties. Il faut reconnaître que la règle applicable apparaît très incertaine à première vue et il est compréhensible que les juges, obligés de dire le droit, aient cherché refuge dans la volonté des parties, si obscure soit-elle, cette obscurité les préservant par ailleurs du grief de dénaturation.

Les incertitudes de la règle doivent donc être dissipées et la méthode d'interprétation réservée pour le cas où les ascendants ont effectivement manifesté une volonté expresse ou tacite.

Sous-section I.

Le retour et la révocation en l'absence de clause.

205. — On suppose ici que les ascendants n'ont inséré dans l'acte aucune clause expresse relative à l'étendue du retour et de la révocation et que leur intention ne peut être déduite de l'économie générale de l'acte ou des circonstances de fait qui ont présidé à sa rédaction. En particulier, contrairement à ce qu'ont parfois abusivement décidé les juges du fond, la réalisation par les époux d'un partage de successions confondues n'implique pas leur volonté d'exercer le retour ou la révocation sur une quotité des lots.

Dans ces conditions, on est en présence de l'alternative entre la reprise d'une quotité du lot ou la reprise des biens effectivement donnés.

Plus rarement, on a soutenu que la reprise devait frapper le lot entier de l'enfant décédé sans postérité ou qui a subi la révocation. Ce dernier système est inadmissible et sera d'abord écarté.

Il faudra ensuite choisir entre la restitution d'une quotité du lot et la restitution des biens effectivement donnés.

§ 1. — REPRISE DE LA TOTALITÉ DU LOT. REJET DE LA THÉORIE.

206. — La jurisprudence n'a jamais vraiment consacré ce système en l'absence de toute expression de volonté des parties.

a) Il semble qu'il n'existe qu'un seul arrêt en ce sens, rendu par la Cour de Bordeaux en matière de révocation (50). Pour prononcer la révocation du lot entier, l'arrêt constate que la donation a été consentie conjointement et solidairement par les père et mère et que les enfants ont été apportionnés sans égard à l'origine des biens.

b) Ce motif ne justifie rien et si les parties n'ont rien dit, il est inadmissible que le retour ou la révocation frappent le lot entier. Lorsque la reprise a lieu du vivant des deux ascendants au profit d'un seul, il est en effet certain que l'un et l'autre ont participé à la composition de chacun des lots. Certains biens viennent du père, d'autres de la mère, sous réserve des difficultés rencontrées pour déterminer lesquels.

Après la mort d'un des ascendants, que la donation-partage ait été l'œuvre des deux conjoints ou seulement du survivant, les enfants ont acquis sur les biens provenant du patrimoine du prédécédé, le titre irrévocable d'héritiers. Cette partie du lot ne saurait donc faire l'objet d'une reprise par l'ascendant survivant exerçant le retour légal ou la révocation.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle toujours repoussé la prétention des ascendants de reprendre l'intégralité du lot (51). De même, la doctrine condamne unanimement ce système (52).

§ 2. — REPRISE D'UNE QUOTITÉ ET REPRISE DES BIENS EFFECTIVEMENT DONNÉS.

207. — Seules restent donc en présence les théories admettant la reprise d'une quotité du lot correspondant à la contribution de l'ascendant et la reprise des biens effectivement donnés.

Un certain nombre de systèmes intermédiaires ont toutefois été proposés. Aucun ne semble pouvoir être retenu.

(50) Bordeaux, 5 juin 1850, D. 1852.2.132. En ce sens aussi Trib. Civ. Rochefort-sur-Mer, 1^{er} juin 1893, R.G.N. 1893.10499. Trib. Civ. Béziers, 24 janvier 1907, Gaz. Pal. Tables, 1907-12. V^o Partage d'ascendant, n^o 1.

(51) Civ., 14 janvier 1913, précité. Req. 3 janvier 1934, précité. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1954, précité.

(52) SAVATIER, article précité R.G.N. 1929.21903. BILLEY, Thèse précitée n^o 265, p. 221 ; note Voirin sous Paris, 5 mars 1959, J.C.P. 1960.II.11446. Toutefois, le système de la reprise intégrale coïncide avec celui de la reprise des biens effectivement donnés, lorsque le lot entier est composé des biens de l'ascendant qui exerce la reprise.

I. — *Elimination des systèmes intermédiaires.*

Ces différents systèmes tiennent compte à la fois de la contribution de l'ascendant dans chaque lot et de l'origine des biens donnés.

A. — *Système de Baudry-Lacantinerie et Wahl.*

Dans une première opinion, l'ascendant qui exerce sa reprise ne pourrait prélever que la moitié du lot composé de ses biens personnels, sans rien reprendre dans le lot qui ne comprend que des effets de son conjoint (53).

Ce système n'est pas admissible. Il est inspiré de l'idée que la contribution des ascendants est toujours de moitié, présomption qu'il faut écarter en dehors de la constitution de dot.

B. — *Système de Mazin.*

Mazin a développé les mêmes idées avec cette amélioration que la contribution de l'ascendant est représentée par la part virile de chaque descendant dans chaque catégorie de biens, paternels et maternels, ce qui équivalait à la fiction conjonctive.

Selon cet auteur, la reprise de l'ascendant ne doit pas excéder la part virile dans chaque lot. Cette part virile ne peut d'ailleurs être composée de biens de l'autre conjoint, de sorte que l'ascendant n'aura droit à rien si aucun de ses biens ne se trouve dans le lot (54).

Un tel système est illogique en ce qu'il admet que la confusion peut jouer contre l'ascendant mais jamais en sa faveur. Puisque la confusion a pour effet de limiter à la part virile la reprise de l'ascendant dans le lot composé de ses seuls biens, on ne voit pas pourquoi elle ne lui permettrait pas de reprendre une part virile du lot composé des biens de son conjoint.

Critiquant l'opinion de Mazin, M. Savatier écrit : « Si le demandeur est censé n'avoir donné qu'une part des biens pris dans son propre patrimoine, c'est qu'une autre part est censée en avoir été donnée par son conjoint. Mais alors comment prétendre que les biens pris dans le patrimoine de son conjoint sont censés avoir été intégralement donnés par celui-ci sans que lui-même en soit donateur pour la moindre part ? De toute évidence, si on opère une

(53) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, t. I, 3^e éd., n° 705, dans le même sens PLANIOL et RIPERT, t. IV, n° 176, p. 273.

(54) MAZIN, R.G.N. 1923.20458 et 20467.

ventilation dans le patrimoine du demandeur, il faut l'opérer dans le patrimoine de son conjoint. » (55)

C. — *Système de Billey.*

Un auteur a alors proposé que la reprise de l'ascendant s'exerce seulement sur les biens par lui donnés mais sur tous ces biens. Si les propres de l'ascendant bénéficiaire de la reprise composent le lot envisagé dans une proportion supérieure à celle de sa contribution exacte, il devra verser une soulte à la succession de son descendant, ou au descendant lui-même au cas de révocation. Dans le cas contraire, c'est l'ascendant qui recevra la soulte (56).

Cette théorie est la meilleure transaction entre les deux opinions extrêmes. Elle ne paraît toutefois pas aussi satisfaisante au point de vue théorique qu'au point de vue pratique. En effet, elle ne correspond à rien dans la nature juridique de la donation-partage. On voit mal quel pourrait être le fondement des soultes à la charge ou au profit de l'ascendant. Ou bien la technique de l'acte prévaut et la reprise doit porter sur les biens effectivement donnés, ou bien c'est la confusion qui s'impose et la reprise a lieu sur une quotité du lot. On ne passe pas par degrés de l'aspect technique à l'aspect répartitif de l'acte, mais par une « mutation brusque » exclusive de tout système transactionnel.

II. — *Choix entre les deux théories extrêmes.*

208. — Seules restent alors en présence les théories admettant la reprise d'une quotité du lot correspondant à la contribution de l'ascendant et la reprise des biens effectivement donnés. Nous examinerons successivement la controverse doctrinale et la position de la jurisprudence.

A. — *La controverse en doctrine.*

Entre les deux systèmes proposés, l'option paraît difficile. Pratiquement, cependant, il semble que la reprise d'une quotité du lot soit relativement plus satisfaisante. Il reste à savoir si elle est concevable du point de vue théorique.

(55) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1929.21903.

(56) BILLEY, Thèse précitée, n^{os} 269 et suiv.

a) *Eléments pratiques de solution.*

A vrai dire, aucun des deux systèmes ne conduit à des résultats irréprochables et la supériorité qu'on peut reconnaître à la reprise d'une quotité du lot est toute relative.

1. — La reprise d'une quotité du lot entraînera souvent l'enrichissement d'un époux aux dépens de l'autre, ou aux dépens de la succession de l'enfant décédé sans postérité, ou encore aux dépens de l'enfant qui subit la révocation.

Entre les époux, l'enrichissement peut se produire de différentes façons.

Il peut d'abord apparaître en raison de la modification de valeur des biens distribués survenue depuis la donation-partage. Pour le concevoir, il suffit de supposer que les père et mère exercent leur reprise concurremment sur un lot composé de biens paternels. Le lot peut avoir considérablement augmenté de valeur depuis l'acte, alors que la valeur des biens maternels, compris dans le lot d'un autre enfant, est restée stable. La contribution du père, calculée au moment de l'acte, est bien inférieure, dans ces conditions, à ce qu'elle serait si elle était calculée au moment où s'exerce la reprise. La mère profitera de l'augmentation de valeur des biens paternels en reprenant une quotité du lot considéré.

S'il existe une communauté légale entre les époux, le conjoint qui a mis des immeubles propres dans la masse globale distribuée va peut-être se voir attribuer des meubles en représentation de son droit de retour ou au titre de la révocation, qui profiteront ainsi entièrement à la communauté. Dans le cas contraire, c'est la communauté qui sera frustrée. On ne peut songer à rétablir l'équilibre par des récompenses puisque c'est un partage qui désigne le contenu concret de la quotité reprise par l'ascendant (57) et que l'effet déclaratif du partage s'impose dans les rapports entre les conjoints et la communauté.

Pour éviter ces injustices, certains auteurs préconisent de tenir compte de la nature mobilière ou immobilière des biens apportés par chacun des époux, dans la détermination de l'objet du retour et de la révocation. M. Vouin écrit : « N'est-il pas tout aussi justifié de considérer, outre la valeur de l'apport, sa consistance et sa nature ? On pourrait même soutenir que cette considération doit intervenir dans la détermination de la proportion entre les for-

(57) Angers, 1^{er} juillet 1941, précité, qui établit l'existence d'une indivision entre l'ascendant donateur et les héritiers du donataire.

tunes respectives. Dans le cas du droit de retour stipulé dans un partage conjonctif, le raisonnement conduirait, il est vrai, à de grandes complications pratiques et on hésite à engager la jurisprudence dans cette voie, et cependant les tribunaux peuvent y être conduits par les conclusions des plaideurs... » (58)

Quelle que soit la force de ces arguments, il paraît bien que la considération de la nature des biens apportés ressusciterait celle de leur origine, abolie par la confusion des successions.

D'autre part, la distinction de la nature mobilière et immobilière des biens serait un palliatif imparfait aux déséquilibres nés des variations inégales de valeur. Car ces variations inégales peuvent apparaître à l'intérieur même de chaque catégorie de biens, particulièrement dans les valeurs mobilières.

La seule façon d'améliorer efficacement le système serait de calculer la contribution respective des époux au moment où s'exerce la reprise. Aucun texte ne s'y oppose formellement. Cependant, il paraît contraire à l'esprit des réformes de 1938 de tenir compte dans le régime juridique de la donation-partage, des variations de valeur postérieures à l'acte (59).

Pour imparfaite qu'elle soit, la reprise d'une quotité du lot est relativement plus satisfaisante que la reprise des biens effectivement donnés.

2. — Dans le système de la reprise des biens effectivement donnés, l'étendue du retour et de la révocation dépend du hasard des décès et de l'inconduite des copartagés. L'objet de la reprise varie en fonction de la composition des lots. Le droit de retour et la révocation subissent donc une défiguration encore plus flagrante que dans la théorie de la reprise d'une quotité du lot.

L'équilibre entre les patrimoines des conjoints n'est pas plus respecté. Si l'un des époux reprend tous les biens d'un lot parce qu'ils proviennent de son patrimoine, il s'enrichit aux dépens du descendant, ou de l'autre époux qui a participé à l'acte mais dont les biens se trouvent dans un autre lot, selon les nécessités de la répartition.

Si donc on apprécie les deux systèmes par leurs conséquences pratiques, il faut reconnaître une nette supériorité à la reprise d'une quotité du lot. Ses adversaires ne paraissent pas le nier, mais ils soutiennent qu'un tel système se heurte à d'insurmontables objections théoriques.

(58) Note Vouin sous Grenoble, 10 janvier 1949, J.C.P. Ed. Not. 1950.II.5319.

(59) VOIRIN, L'inégalité en nature dans les donations-partages est-elle aujourd'hui sanctionnée ? J.C.P. 1951.I.899.

b) Eléments théoriques de solution.

209. — On peut ramener à deux idées les objections théoriques présentées contre le système de la quotité. La première est tirée de l'effet déclaratif du partage, la seconde s'inspire de l'immutabilité de l'émolument attaché aux différents titres appartenant aux copartagés.

1. — Effet déclaratif du partage.

Ce n'est que dans le cas particulier où les enfants partagent cumulativement la succession d'un ascendant et la donation collective faite par l'autre, ou encore lorsqu'ils partagent ensemble deux donations collectives que l'argument de l'effet déclaratif peut être invoqué. S'agissant au contraire de donations-partages, l'effet déclaratif ne se produit pas puisque aucune indivision n'a précédé les attributions de biens.

Lors donc que, dans la situation envisagée, un ascendant exerce la reprise des biens donnés à l'encontre d'un descendant, la question se pose de savoir si l'effet déclaratif s'applique à la détermination de l'objet de la reprise et, dans l'affirmative, s'il a pour résultat de limiter la reprise aux biens effectivement donnés par l'ascendant à l'exclusion de ceux de son conjoint.

I. — Théorie appliquant l'effet déclaratif.

210. — Il semble dès l'abord inévitable que l'objet de la reprise de l'ascendant soit déterminé par l'effet déclaratif du partage cumulatif réalisé par les enfants. Le descendant attributaire des biens de l'ascendant est censé les tenir directement de ce dernier, sans que le partage cumulatif puisse avoir une incidence sur le contenu de son titre.

Des précisions sont cependant nécessaires, car l'ascendant n'est pas l'ayant-cause des copartagés, mais leur auteur.

a) Dans une certaine opinion, l'application de l'effet déclaratif dans les rapports entre l'ascendant et le descendant est une conséquence logique de la conception extensive que s'en fait la jurisprudence. L'effet déclaratif ne régit pas seulement les relations entre un copartageant et les ayants cause des autres, il s'étend aux relations avec les tiers, comme par exemple, à travers la communauté conjugale, le conjoint d'un copartageant. Dans ce cas, les droits de la communauté ne portent pas sur une quotité du lot tenant compte de la proportion des meubles et des immeubles

compris dans la masse indivise partagée (60). On ne concevrait pas plus que les droits de l'ascendant exerçant une reprise résultant d'un calcul de la proportion de biens paternels et de biens maternels inclus dans la masse globale. Puisque l'effet déclaratif se produit *erga omnes*, il est normal qu'il commande la question de la reprise d'un ascendant en cas de retour et de révocation (61).

b) Mais d'autres auteurs ont montré qu'il n'était pas nécessaire de faire appel à la théorie extensive de l'effet déclaratif pour limiter aux biens donnés la reprise de l'ascendant. La théorie restrictive conduirait aux mêmes résultats. En effet, l'effet déclaratif est impensable s'il ne signifie pas que chaque copartageant tient directement de l'ascendant considéré les biens provenant du patrimoine de ce dernier (62).

M. Savatier élève une objection et écrit : « L'effet déclaratif est inopposable à celui dont les indivisaires tiennent leurs droits... L'auteur des copartageants leur a transmis des biens en état d'indivision. Les droits qu'il s'est acquis par cette transmission sont définitivement fixés et doivent rester indépendants du partage ultérieur. Sans doute, le caractère déclaratif de ce partage en fait remonter fictivement les attributions aussi loin que l'indivision elle-même. Mais pour modifier les droits acquis du donateur..., il faudrait le faire remonter plus haut encore, puisque l'acte qui a créé cette indivision est antérieur à l'indivision elle-même. Or l'effet déclaratif ne saurait évidemment rétroagir au-delà de cette indivision. » (63)

Cependant, il est certain que, dans la donation collective, l'indivision est créée dès lors que la donation est parfaite, sans qu'un seul instant de raison les sépare. La donation apparaît comme une simple technique de création de l'indivision. Il n'est pas nécessaire de faire remonter l'effet déclaratif au-delà de l'indivision pour que les droits de l'ascendant donateur puissent subir l'incidence du partage.

Il est donc de l'essence de l'effet déclaratif de régler les rapports entre l'ascendant et les descendants copartageants, sans même invoquer son caractère absolu.

Ce n'est pas par la théorie restrictive qu'on parviendra à soustraire à l'effet déclaratif les relations entre les copartageants et l'ascendant qui exerce le retour et la révocation.

D'autres objections doivent être recherchées.

(60) Req. 11 décembre 1850, S. 1851.I.253.

(61) VIALLETON, note sous Req. 3 janvier 1934, précité.

(62) VEROONE, *loc. cit.*

(63) SAVATIER, note sous Req. 3 janvier 1934, précité.

II. — *Théorie n'appliquant pas l'effet déclaratif.*

211. — En réalité, les théories élaborées par la doctrine au sujet de l'effet déclaratif ont le tort de préjuger à l'avance des solutions qui seront admises dans chaque cas, sans tenir compte des données particulières du problème.

Aucun critère général d'application de l'effet déclaratif ne paraît valable. L'effet déclaratif est une technique juridique forgée à partir de l'article 883 du Code civil que la jurisprudence utilise avec discrimination, en fonction des résultats pratiques auquel il permet d'aboutir. Si, en général, il se révèle comme un élément de simplification, il peut parfois s'avérer incompatible avec le contexte juridique dans lequel le placerait son application.

Il est déjà certain, en matière de retour et de révocation exercés après le partage des successions confondues, que la reprise d'une quotité du lot est pratiquement supérieure à celle des biens effectivement donnés (64). Cette supériorité n'est pas surprenante. Dans un acte comme le partage des successions confondues, réalisé sans tenir compte de l'origine des biens, il serait illogique de régler le fonctionnement d'une institution, en l'espèce le droit de retour ou la révocation, précisément sur l'origine des biens (65).

Ces considérations doivent suffire à écarter le jeu de l'effet déclaratif, par voie d'autorité.

2. — *Titres des copartagés.*

212. — Une partie de la doctrine conteste que l'ascendant puisse reprendre une quotité du lot, et par conséquent des biens de son conjoint, car la confusion successorale ne pourrait avoir une incidence sur les titres des copartagés (66).

I. — *Théorie rejetant l'incidence de la confusion successorale sur l'émolument des copartagés.*

Certains auteurs pensent qu'il serait inexplicable en droit qu'un ascendant reprenne des biens qui n'ont jamais figuré dans son patrimoine.

(64) Voir *supra*, n° 208.

(65) SORTAIS, Le titre et l'émolument, Thèse, Paris, 1959, p. 233.

(66) L'objection tirée de l'article 747 du Code civ., d'après lequel le droit de retour s'exerce *en nature* sur les biens donnés, se trouve réfutée dès lors qu'on constate que la confusion successorale a modifié le titre même des copartagés dont le contenu est devenu une quotité du lot. La reprise de cette quotité, diminuée d'une partie de la valeur des biens aliénés par l'enfant, réalise effectivement l'exercice « en nature » du droit de retour de l'ascendant.

Envisageant le cas de la donation-partage du conjoint survivant sur ses propres et les propres du conjoint prédécédé, M. Voirin écrit : « Dans leurs rapports avec l'ascendant, les enfants ne peuvent être donataires que des biens donnés, car cet ascendant n'a pas pu leur faire donation de biens qui leur appartenaient déjà, du moins dans la mesure où ils leur appartenait » (67). « Il est inconcevable que l'intention du donateur puisse retirer le caractère de biens donnés aux choses dont il s'est appauvri *animo donandi*. Sinon quel serait le titre de l'acquéreur ? Ce ne peut être le partage qui est un acte déclaratif. Il faut pourtant découvrir un titre justifiant la transmission. Or, le titre translatif ferait totalement défaut pour les biens provenant de l'ascendant donateur et attribués à un enfant en excédant de sa part virile s'il fallait considérer que la donation n'est pour chaque donataire copartagé, que de sa part virile dans les biens donnés » (68).

L'objection est donc fondée sur des considérations d'ordre technique : le contenu du titre des héritiers ne peut être affecté par la confusion successorale (69). Par suite, l'ascendant ne reprend que les biens qu'il a effectivement donnés.

Pour qu'il en soit différemment, il faudrait que des actes de transferts soient intervenus entre les ascendants, faisant passer les biens d'un patrimoine à l'autre avant ou pendant la donation-partage. La mise en commun des biens paternels et maternels ne suffirait pas à expliquer qu'un ascendant puisse reprendre les biens de son conjoint. A cet égard, M. Voirin déclare à propos de la donation-partage du conjoint survivant : « la masse est commune en ce sens que tous les biens de provenance diverse qu'elle englobe sont soumis à une procédure de lotissement unique. En revanche, cette masse n'est pas commune quant aux droits respectifs que l'ascendant donateur et ses enfants possèdent sur les éléments qui la composent. Pour que la masse devienne commune dans cette dernière acception du mot, il faudrait que l'ascendant soit rendu coïndivisaire des biens successoraux dont ses enfants sont déjà saisis ».

Ainsi, aucun transfert de biens n'ayant eu lieu entre les patrimoines des ascendants, et ces derniers n'étant pas coïndivisaires dans la masse globale, on ne saurait concevoir que la reprise porte sur des biens n'ayant jamais appartenu à celui qui l'exerce.

(67) VOIRIN, note sous Pau, 7 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11697.

(68) VOIRIN, note sous Civ. 1^{re}, 25 novembre 1952, J.C.P. 1953.II.7705 bis.

(69) Voir aussi CHAUVIN, Etude sur le partage d'ascendant, Thèse, Poitiers, 1910, pp. 106 à 109.

II. — *Théorie admettant l'incidence de la confusion successorale sur l'émolument des copartagés.*

213. — L'équivalence des biens paternels et maternels au regard de l'ascendant qui exerce son droit de retour ou la révocation ne semble pas inconcevable si on admet que la fongibilité des biens répartis est absolue et concerne aussi bien la donation que le partage.

Pour parvenir à ce résultat, il faut supposer que l'acte contient des échanges de biens permettant à un ascendant de reprendre les biens de l'autre.

a) Pour certains auteurs, ces échanges de biens paternels et maternels ont lieu entre les enfants (70). Cette théorie, qui a déjà été écartée à propos de la réserve, entraîne ici encore des conséquences inadmissibles.

Tout d'abord, elle ne permet pas d'expliquer que la reprise au titre du retour légal porte sur une quotité du lot et non sur les biens effectivement donnés. En effet, on estime généralement que l'échange ne réalise pas subrogation (71) et dès lors l'ascendant ne pourrait reprendre que ses biens personnels qui se retrouvent en nature dans le lot, à l'exclusion des biens de son conjoint.

D'autre part, la théorie des échanges entre enfants aurait des conséquences singulières au regard du retour conventionnel. Ce dernier, on le sait, opère rétroactivement et annule les aliénations consenties par le descendant. Il faudrait alors admettre que l'ascendant pourrait exercer le retour conventionnel pour toute la part virile de l'enfant dans les biens provenus de lui, même si cette part se trouve entre les mains d'un donataire survivant auquel l'enfant prédécédé l'aurait cédée dans le partage (72).

La théorie des échanges entre enfants est donc manifestement erronée.

b) En réalité, les échanges se réalisent entre les patrimoines des ascendants.

Cette fiction peut paraître audacieuse ; un certain nombre d'arguments se présentent cependant à l'appui de sa justification.

Elle est souhaitable pratiquement puisque la reprise d'une quotité du lot respecte mieux l'esprit de l'institution du retour ou de la révocation que la reprise des biens effectivement donnés.

(70) MAZIN, *Etude pratique*, R.G.N. 1923.20467.

(71) PLANIOL et RIPERT, t. IV, n° 179, pp. 277-278.

(72) MAZIN, *eod. loc.*

Sans être parfait, le premier système offre une incontestable supériorité relative.

La fiction envisagée est concevable en théorie car l'équivalence des biens paternels et maternels est conforme au principe de la subordination de la technique du partage d'ascendant à son but répartitif. En vertu de cette idée, la fongibilité développe ses effets dans le régime juridique de la libéralité et bouleverse le contenu des titres des héritiers.

Au surplus, on a vu, à propos de l'incidence de la confusion successorale sur la réserve des copartagés, que la jurisprudence admet l'effet absolu de la fongibilité des biens répartis.

Dans la mesure de leur contribution respective, chacun des époux *est censé acquérir* les biens de son conjoint et ces transferts fictifs les rendent équivalents au regard de la réserve (73).

Le même mécanisme explique que l'ascendant qui exerce le retour ou la révocation puisse reprendre une quotité du lot, sans égard à l'origine des biens.

Telle est d'ailleurs la position de la jurisprudence dominante.

B. — *Position de la jurisprudence.*

214. — Seules seront mentionnées ici les décisions intervenues en l'absence de toute interprétation de la volonté des ascendants. En particulier, l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1952 (74) souvent invoqué à l'appui du système de la reprise des biens donnés, confirme une interprétation souveraine de l'acte par les juges du fond et doit être écarté du débat.

a) On rencontre quelques hésitations dans la jurisprudence des tribunaux inférieurs.

Parmi les décisions qui se sont prononcées pour la reprise des biens donnés en dehors de toute interprétation de volonté, on peut citer des arrêts anciens des Cours d'Angers, Nîmes et Rennes (75).

Mais la majorité des décisions semble en faveur de la reprise d'une quotité du lot. Même si cette quotité est parfois inexac-tement calculée (part virile ou moitié du lot), le principe de

(73) Civ., 14 janvier 1856, précité.

(74) Civ. 1^{re}, 25 novembre 1952, précité.

(75) Angers, 13 mars 1867, précité. Nîmes, 24 octobre 1888, S. 1889.2.13. Rennes, 3 novembre 1893, précité, en ce sens aussi Caen, 28 janvier 1914, R.G.N. 1915.18798 mais l'arrêt constate l'absence d'indivisibilité entre les deux répar-titions.

l'équivalence absolue des biens distribués, résultant de la confusion, n'en est pas moins admis (76).

b) La même solution se dégage de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il faut d'abord remarquer que l'arrêt de la Chambre civile du 14 janvier 1913 (77) n'a pas statué sur le problème précis de l'incidence de la confusion sur le titre des copartagés. La Cour a seulement posé le principe que l'ascendant survivant ne peut reprendre l'intégralité du lot. C'est ce qu'exprime le motif de l'arrêt, qui pourrait faire équivoque, d'après lequel l'ascendant ne reprend « que les biens dont il était antérieurement propriétaire ». La question de l'incidence de la confusion successorale sur le retour n'était d'ailleurs pas vraiment soulevée, puisqu'il s'agissait de déterminer l'étendue de la reprise sur les biens communs, laquelle ne peut porter, dans tous les systèmes, que sur une quotité de ces biens.

En revanche, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 janvier 1934 (78) avait reconnu l'équivalence absolue des biens confondus en une même masse indivise et a admis la reprise d'une quotité du lot. Il s'agissait en l'espèce d'une donation collective suivie d'un partage cumulatif par les enfants avec les biens du conjoint prédécédé. Cependant, la solution doit valoir pour la donation-partage, les effets de la confusion étant les mêmes. Enfin, la Cour de cassation a, par arrêt du 14 février 1962, expressément accepté les incidences de la confusion successorale sur le droit de retour de l'ascendant en déclarant que ce dernier peut exercer son droit « sur les biens attribués à l'enfant donataire prédécédé, non en considération de l'origine des biens, mais en proportion de ceux qui ont été apportés par lui dans la constitution de la masse commune » (79).

Le retour et la révocation s'exercent donc sur une quotité du lot correspondant à la participation de l'ascendant. Du moins en est-il ainsi lorsque les parties n'ont pas exprimé une volonté différente.

(76) Angers, 3 mai 1871, précité. Montpellier, 19 novembre 1897, S. 1899.2. 110. Angers, 1^{er} juillet 1941, précité. Grenoble, 10 janvier 1949, précité. Pau, 7 décembre 1959, précité.

(77) Précité.

(78) Précité.

(79) Civ. 1^{re}, 14 février 1962, J.C.P. 1962.II.12662, note Voirin.

*Sous-section 2.***Clauses relatives au retour et à la révocation.**

215. — Les ascendants déterminent parfois eux-mêmes, par une clause de l'acte, l'étendue du retour et de la révocation, en modifiant les règles du droit dispositif.

Les clauses relatives au retour et à la révocation doivent être distinguées des clauses concernant la participation des ascendants à la donation-partage. Ces dernières ont également une incidence sur le retour et la révocation, mais font naître des récompenses ou indemnités à la charge de l'un ou l'autre des époux. Il en est différemment pour les clauses modifiant directement le retour ou la révocation : l'époux qui reprendra, par exemple, le lot entier ne devra rien à son conjoint ou à ses représentants.

La volonté des époux n'a pas à être exprimée en termes sacramentels et peut résulter de l'économie générale de l'acte ou des circonstances de fait qui ont accompagné sa rédaction. Mais la jurisprudence, cherchant à échapper aux incertitudes de la règle applicable, a souvent fondé ses décisions sur une intention douteuse des ascendants.

§ 1. — VALIDITÉ DES CLAUSES.

Les clauses modifiant l'étendue du retour a été en but à des griefs particuliers. Mais toutes les clauses, qu'elles concernent le retour ou la révocation, risquent l'annulation lorsqu'elles sont réciproques, comme donations mutuelles entre époux par un seul et même acte.

I. — Validité des clauses stipulées par un seul conjoint.

216. — Les clauses peuvent étendre ou réduire la reprise de l'ascendant. Les plus fréquentes sont d'ailleurs celles prévoyant la reprise intégrale d'un lot, ou la reprise des biens effectivement donnés.

A. — *Clauses concernant la reprise après révocation.*

La clause de reprise intégrale du lot en cas de révocation est d'une validité certaine (80), de même que celle stipulant la reprise sur les biens effectivement donnés. Rien n'interdit aux parties d'aggraver ou de réduire la peine prévue par la loi en cas d'inconduite du donataire.

L'enfant qui a subi la révocation devrait pouvoir reprendre les biens ou des valeurs équivalentes dans la succession du révoquant. Certains auteurs ne lui reconnaissent cependant qu'un droit à la réserve.

B. — *Clauses concernant la reprise au titre du droit de retour.*

Lorsque les parties modifient ainsi l'étendue du retour, ce dernier n'est plus légal, mais conventionnel. La validité de ces clauses est d'ailleurs controversée.

a) *Clause de reprise intégrale du lot.*

217. — 1° *Validité de principe.*

Il résulte de l'article 951 du Code civil que le retour n'a lieu que sur les biens donnés et au profit du donateur seul. Ce texte semble bien condamner toutes clauses étendant le droit de retour au profit d'un des époux par rapport à sa contribution, telle que la clause de reprise intégrale du lot par le survivant.

Cependant, une partie de la doctrine et la jurisprudence constante ont considéré que l'article 951 n'interdisait pas d'inclure dans une donation-partage conjonctive ou dans une donation conjointe une clause de retour intégral au profit du survivant des donateurs (81). Cette opinion est assez difficile à justifier.

I. — M. Savatier pense que le retour conventionnel, qui ne peut être stipulé qu'au profit du donateur, pourrait être prévu pour d'autres biens que ceux donnés par lui, sans enfreindre la règle de l'article 951 (82). Il faut cependant reconnaître que le texte limite le retour « aux biens donnés ».

II. — On peut fonder la validité du retour intégral sur l'indivisibilité de la qualité de donateur. Celui qui participe à l'acte en

(80) Bordeaux, 16 mai 1870, D. 1871.2.247.

(81) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 453, *contra* VOIRIN, note sous Paris, 5 mars 1959, précité, note sous Civ., 26 janvier 1954, précité.

(82) SAVATIER, note sous Req. 3 janvier 1934, précité.

cette qualité ne peut pas être considéré comme un tiers et sa qualité de codonateur l'autorise à bénéficier d'une clause de retour intégral. Mais il est impossible de considérer que chaque ascendant est donateur de tous les biens. Il n'est donateur que d'une quotité équivalente à sa contribution (83).

III. — L'explication la plus satisfaisante est sans doute celle que l'on peut tirer de l'idée de charge.

Le retour intégral serait une charge de la donation exceptionnellement valable, malgré l'article 951 du Code civil, en raison de la confusion des biens répartis qui interdit d'en rechercher l'origine (84).

2° *Jurisprudence.*

La jurisprudence a constamment admis la validité de la clause de retour intégral du lot au profit du survivant des donateurs, soit dans les donations conjointes, soit dans les donations-partages conjonctives.

Donations conjointes.

Dans une espèce où quatre sœurs avaient donné à leurs petits-neveux une somme d'argent à prendre sur leur succession avec réserve du droit de retour réversible de l'une à l'autre en faveur de celle qui survivra aux autres, la Cour de Riom a jugé que les dispositions n'étaient pas contraires à l'article 951, § 2, car une telle libéralité conjointe implique « une espèce de solidarité qui identifiait les codonatrices, le droit de retour réversible devenant une condition casuelle inhérente à leurs qualités cumulées et inséparables de donataires du même objet ».

A son tour, la Cour de cassation a admis la validité de la clause. La Chambre des requêtes a déclaré que l'arrêt qui ordonne la restitution au donateur survivant de tous les effets reçus par le donataire décédé au titre d'une donation faite conjointement par deux personnes, « n'a fait que tirer la conséquence d'une interprétation relevant du pouvoir souverain du juge du fond ».

Donations-partages conjonctives.

A côté de ces décisions intervenues en matière de donation, on peut citer deux arrêts concernant les partages d'ascendant.

(83) VOIRIN, notes précitées.

(84) SAVATIER, note précitée et R.T.D.C. 1954.520. VOVIN, note sous Grenoble, 10 janvier 1949, précité.

Un récent arrêt de la Cour de cassation déclare dans un de ses motifs que la donatrice survivante ne peut reprendre qu'une quotité du lot du donataire décédé sans postérité, car l'acte n'a pas prévu que les biens retourneraient au survivant des époux (85). C'est reconnaître implicitement la validité de la clause.

Enfin, plus récemment encore, un arrêt de la Cour de Paris a admis le donateur survivant à se prévaloir de la clause de retour intégral prévue dans la donation-partage (86).

La jurisprudence reconnaît donc la validité des clauses de reprise intégrale au profit d'un des donateurs.

b) *Clause de reprise des biens effectivement donnés.*

218. — La clause de reprise des biens effectivement donnés est valable dans la mesure où elle réalise une extension du droit de retour, ce qui est le cas lorsque le lot sur lequel s'exerce la reprise contient des biens effectivement donnés par l'ascendant pour une valeur supérieure à sa contribution (87). Mais la clause est-elle valable dans le cas contraire, alors qu'elle emporte une restriction aux droits du donateur ? On sait que la jurisprudence annule comme pactes sur succession future les clauses diminuant les droits du donateur (88). Il faut alors décider qu'une telle clause est nulle. La question est purement théorique, la jurisprudence n'ayant jamais cru découvrir dans la volonté des donateurs l'intention de réduire le droit de retour, à l'occasion d'une donation-partage.

II. — *Validité des clauses stipulées par les deux conjoints.*

219. — En dehors des griefs déjà signalés, on peut craindre que la clause de retour au profit du conjoint survivant quel qu'il soit, insérée dans une donation-partage conjonctive, ne tombe sous l'interdiction de l'article 1097 du Code civil.

A. — Avant la loi du 7 février 1938, une telle stipulation était certainement nulle comme donation mutuelle entre époux faite par un seul et même acte (89).

(85) Civ. 1^{re}, 26 janvier 1954, précité. Admet aussi la clause de retour à la communauté.

(86) Paris, 5 mars 1959, précité. L'arrêt ne s'arrête pas à l'objection du titre d'héritier acquis par le donataire sur les biens du donateur prédécédé.

(87) Civ. 1^{re}, 25 novembre 1952, précité.

(88) PLANIOL et RIPERT, TRASPOT, t. V, n° 461, p. 594. Ch. Réun., 2 juillet 1903. D. 1903.I.353, conclusions Baudouin, S. 1904.I.65, note Lyon-Caen.

(89) BILLEY, Thèse précitée n° 260, p. 218.

B. — Les termes de l'article 1097 nouveau ne permettent pas d'en décider différemment. Ils ne visent, en effet, que « l'usufruit, la rente viagère, ou les prestations en nature », dans lesquels ne saurait être compris la fraction du lot reprise par le conjoint survivant en sus de sa contribution personnelle.

Cependant, une partie de la doctrine se montre favorable à une interprétation compréhensive de l'article 1097. Le rapprochement de ce texte avec l'article 1080 al. 2 qui reconnaît la validité de la confusion, permettrait de concevoir l'extension du droit de retour à l'intégralité du lot (90).

Le motif précité de l'arrêt de la Chambre civile du 26 janvier 1954 (91), autorisant le conjoint survivant à reprendre l'intégralité du lot si une clause a été prévue en ce sens, semble s'accorder avec cette opinion doctrinale. Ce motif est d'ailleurs trop incident pour qu'aucune conclusion définitive puisse en être déduite.

Les clauses relatives au retour et à la révocation sont donc regardées avec faveur par la doctrine et la jurisprudence.

Cette faveur s'est manifestée à un autre point de vue : pour déterminer l'étendue de la reprise, les juges du fond se sont souvent référés à la volonté des parties, dégagée par des interprétations parfois hardies.

§ 2. — INTERPRÉTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES.

220. — L'interprétation de la volonté des parties relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation n'exerçant son contrôle que lorsqu'une clause claire et précise a été dénaturée (92). En l'absence d'une telle clause, les juges, sous couvert de l'interprétation de l'acte, peuvent donc librement découvrir dans la volonté des parties une solution qui passe pour incertaine en droit.

I. — *Volonté claire et précise.*

Il n'y a qu'à appliquer les clauses sans les interpréter lorsque les termes en sont clairs et précis. Tel est le cas de la clause de reprise intégrale du lot, ou la clause de reprise des biens effectivement donnés par chaque ascendant.

(90) LÉAUTÉ, article précité ; VOUIN, note sous Grenoble, 19 janvier 1949, précité.

(91) Précité.

(92) Civ., 25 novembre 1952, précité.

II. — *Volonté implicite.*

La volonté des parties peut au contraire résulter de stipulations implicites ou de l'économie générale de l'acte et des circonstances de fait ayant accompagné sa rédaction.

A. — *Stipulations implicites.*

Il s'agit des clauses par lesquelles les ascendants se réservent le droit de retour sans en préciser l'étendue.

a) *Nature du retour.*

Ces clauses, contenant réserve du droit de retour ont-elles pour effet d'instituer le retour conventionnel ?

Les juges ont tendance à les interpréter en ce sens. Ainsi a-t-il été décidé pour la clause de « réserve de droit de retour le cas échéant » (93) ou encore pour la « réserve du droit légal de retour » (94). Cette interprétation est en conformité avec l'article 1157 du Code civil. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs un pouvoir souverain aux juges du fond pour apprécier la portée de la réserve du droit de retour (95).

b) *Etendue de la reprise.*

La jurisprudence a parfois déduit de ces clauses, malgré leur imprécision, des solutions relatives à l'étendue du retour ou de la révocation fondées sur la volonté des parties.

1° On a soutenu que la simple stipulation de retour conventionnel dans le partage d'ascendant conjonctif ou cumulatif indiquait l'intention des ascendants d'exercer leur droit de retour sur les biens effectivement donnés. En effet, dans ce cas, l'ascendant a composé les lots en faisant des prévisions sur ce qu'il recouvrera lors du décès de tel ou tel de ses enfants. Et si, dans la pensée de l'ascendant, le retour conventionnel devait s'exercer autrement que selon le lotissement réel imposé par sa volonté, il n'aurait pas manqué de le dire (96). Mais on répond à cette opinion que le retour conventionnel doit subir l'effet de la confusion et frapper une quotité du lot, car le disposant a accepté cet effet « en signant au bas du partage » (97).

(93) Nîmes, 26 mars 1827, D. Jur. Gén. V° Disp. entre vifs, n° 1754.

(94) Req. 7 août 1839, D. *eod. loc.*, n° 1749, S. 1838.I.572.

(95) Civ., 30 juin 1860, D. 1860.I.717, S. 1860.I.941.

(96) VIALLETON, note S. 1937.I.1.

(97) SAVATIER, note D. 1934.I.108.

Il est donc assez difficile de déduire une quelconque intention des ascendants à partir de la simple réserve de retour. En composant les lots, l'ascendant ne s'est, en principe, pas préoccupé du retour, mais seulement des commodités de la répartition.

Certains arrêts ont pourtant inféré de la réserve du droit de retour l'intention des ascendants de reprendre les biens effectivement donnés (98).

Mais, en général, la jurisprudence a considéré que ces clauses ne devaient pas modifier l'étendue de la reprise qui continue de porter sur une quotité du lot (99).

2° La clause de « réserve du droit de retour si le donataire vient à décéder sans enfants avant les donateurs », a été interprétée comme une stipulation de retour intégral au profit du survivant, car « les effets de la libéralité sont (alors) subordonnés au précédès de l'un et de l'autre des donateurs » (100).

3° Enfin, il a été jugé que la clause d'inaliénabilité interdisant l'aliénation des biens donnés tant que l'un des donateurs vivrait, n'était que l'accessoire du droit de retour et le moyen juridique d'en assurer l'exercice. La clause a donc pour limite l'étendue même du droit de retour, en l'espèce, la moitié indivise de l'immeuble commun (101).

B. — *Economie générale de l'acte.*

En dehors des clauses implicites concernant le retour, les circonstances ayant présidé à la rédaction de l'acte et son économie générale peuvent laisser deviner l'intention des ascendants.

a) Dans le cas où les donateurs ont manifesté l'intention que leurs patrimoines ne soient pas distingués, le retour doit s'exercer sur la moitié de chacun des lots, d'après une décision, car cette quotité évite de rechercher la provenance des biens du lot (102).

b) Le retour s'exercera sur les biens effectivement donnés s'il apparaît qu'ainsi se trouve respectée l'intention des ascendants d'éviter que certains de ses biens sortent de la famille (103).

(98) Rennes, 29 janvier 1946, D. 1947.66, confirmé par Civ., 25 novembre 1952, précité. Angers, 13 mars 1867, précité.

(99) Req. 3 janvier 1934, précité. Grenoble, 10 janvier 1949, précité. Pau, 7 décembre 1959, précité.

(100) Paris, 5 mars 1959, précité.

(101) Rennes, 29 janvier 1946, précité.

(102) Montpellier, 19 novembre 1897, précité.

(103) Rennes, 29 janvier 1946, précité.

221. — Finalement, il faut reconnaître l'incidence de la fongibilité des biens sur le régime de la libéralité utilisée comme technique du partage d'ascendant. L'équivalence des biens répartis est absolue, en sorte que l'émolument attaché au titre des copartagés n'a plus comme contenu les biens effectivement donnés par l'ascendant, mais une quotité du lot correspondant à sa contribution. Et c'est sur cette quotité, concrètement déterminée par un partage que porte la reprise aux cas de retour ou de révocation.

CHAPITRE II

INCIDENCE DE LA CONFUSION VOLONTAIRE DES SUCCESSIONS SUR LA REPARTITION PAR PARTAGES D'ASCENDANT ET PARTAGES « AB INTESTAT »

222. — Dans les partages d'ascendant comme dans les partages *ab intestat*, la confusion successorale réalise la réunion de plusieurs successions en une seule masse à partager. Le droit aux biens en nature étant écarté, les différentes successions communes aux mêmes héritiers retrouvent leur unité fondamentale.

Cette unité de la masse répartie confère dans tous les cas un caractère indivisible à la distribution réalisée. Par indivisibilité, il faut entendre ici une solidarité intime entre le partage des biens paternels et des biens maternels qui interdit de les envisager séparément pour déterminer leur régime juridique ou les effets de la nullité (1).

Malgré cette caractéristique constante, le régime des répartitions par partages d'ascendant et par partages *ab intestat* offre des différences qui en justifient l'étude séparée.

Section 1

Partages d'ascendant.

I. — Les indivisibilités du partage d'ascendant ordinaire.

223. — Le régime et les effets des nullités du partage d'ascendant ordinaire sont marqués par un certain nombre d'indivisi-

(1) Voir BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques, R.T.D.C. 1950.I.

bilités entre les divers aspects de l'acte, auxquelles les réformes de 1938 sont d'ailleurs venues apporter des atténuations.

A. — *Indivisibilité entre la donation et le partage.*

Avant 1938, une indivisibilité existait entre la donation et le partage, en sorte que les causes de nullités concernant l'un des aspects de l'acte seulement entraînaient sa nullité totale, sauf clauses prévoyant la conversion de la donation-partage en libéralités préciputaires (2).

Cette indivisibilité a été rompue dans certains cas au moins par la loi du 7 février 1938. L'article 1078 nouveau du Code civil prévoit, en effet, la conversion de l'acte en donations rapportables en cas de lésion ou d'omission d'enfants.

B. — *Indivisibilité entre les différentes attributions.*

La jurisprudence reconnaissait en outre, avant 1938, l'indivisibilité des différentes attributions entre elles, l'inefficacité de l'une devant entraîner la chute des autres, en raison de l'unité de la masse répartie.

L'article 1077 nouveau revient sur ces principes. L'enfant omis ne peut plus attaquer le partage s'il trouve dans la succession *ab intestat* des biens suffisants pour le remplir de sa part. Dans un cas au moins l'indivisibilité des attributions se trouve rompue.

II. — *Indivisibilité spéciale au partage des successions confondues.*

224. — En dehors de ces deux indivisibilités applicables à tous partages d'ascendant, la confusion successorale crée une nouvelle indivisibilité entre la répartition des biens paternels et celle des biens maternels.

Cette indivisibilité a été dégagée par la jurisprudence du XIX^e siècle pour conférer à l'acte la cohésion que ne lui assurait pas l'utilisation des techniques purement individuelles.

Elle se manifeste essentiellement par ses incidences dans le régime des nullités du partage d'ascendant. L'existence des nullités doit s'apprécier par rapport à l'ensemble de la répartition sans égard à l'origine des biens. D'autre part, la nullité fait toujours tomber l'ensemble de l'acte, sans qu'on puisse la limiter au partage d'une des successions seulement.

(2) SAVATIER, R.T.D.C., 1923, p. 561 ; 1924, pp 150 et 1029 ; 1937, p. 873.

La construction jurisprudentielle semble avoir été confirmée par le législateur de 1938 puisque l'article 1080 nouveau dispose que « l'action (3) ne peut être introduite qu'après le décès... du survivant des ascendants s'ils ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus en une même masse ». Le report au deuxième décès est même étendu à l'action en réduction, solution au moins incertaine avant la loi de 1938.

On ne s'accorde pas cependant sur la portée de ces dispositions. Certains auteurs enseignent, en effet, que la loi de 1938 n'a pas entendu consacrer l'indivisibilité du partage des successions confondues (4). La réponse à cette question ne peut résulter que d'une étude de la nullité et de la réduction des partages d'ascendants conjonctifs et cumulatifs.

Sous-section 1.

Nullités.

225. — Les nullités du partage d'ascendant sont soumises à deux régimes différents, selon une distinction dégagée par la jurisprudence et confirmée par la loi du 7 février 1938.

I. — Certaines actions en nullité ne peuvent être intentées qu'au décès de l'ascendant, en cas de partage d'ascendant simple. Elles ne sont pas recevables après l'expiration de deux années à compter du décès (art. 1080 al. 2 et 3). Le délai de deux ans est un délai préfix, qui court même contre les incapables (5). L'enfant qui intente ces actions doit faire l'avance des frais d'estimation (art. 1080 al. 1).

Seule, la rescision pour lésion est visée par l'article 1080 (6). Mais la doctrine reconnaît que l'action en nullité pour disparité (7) doit suivre le même régime. Quant à l'action en nullité pour omission d'enfant, par sa nature même, elle ne peut être exercée qu'au décès de l'ascendant.

Le fondement de ce report au décès, qui n'offre un intérêt que pour la donation-partage, n'est pas toujours apparu clairement.

(3) En réduction, rescision, nullité pour omission d'enfants ou disparité des lots.

(4) LÉAUTÉ, article précité.

(5) Trib. Civ. Senlis, 26 juin 1946, D. 1948.76, note Voirin.

(6) Ainsi que la réduction qui fera l'objet de la sous-section II.

(7) Sous réserve de sa recevabilité depuis 1938. VOIRIN, *chron.* précitée, J.C.P. 1951.899.

On a dit que les droits sanctionnés par ces actions sont liés à la qualité d'héritier. Il semble bien pourtant qu'on pourrait concevoir leur existence dès que le partage est consommé.

On a également parlé du respect dû par les enfants à l'œuvre de l'ascendant, tant qu'il vit. L'explication n'est pas sans valeur mais paraît insuffisante.

Le report est plutôt justifié par le caractère provisoire de l'acte jusqu'au décès de l'ascendant, ce dernier pouvant toujours le rectifier ou le compléter, faisant ainsi disparaître les causes de nullité. On doit, en effet, apprécier ensemble les différentes donations-partages opérées par l'ascendant.

II. — A côté de ces nullités, dites spéciales ou caractéristiques, en raison du particularisme de leur régime, on trouve toutes les autres nullités soumises au régime du droit commun.

Telles sont par exemple, les nullités pour dotalité ou non acceptation d'un enfant. Telles seraient, s'agissant d'un partage de successions confondues, les nullités tirées du partage de la chose d'autrui, ou de la participation à l'acte de l'enfant d'un premier lit d'un des disposants. Ces nullités peuvent être exercées dès le moment de l'acte.

Nullités caractéristiques et nullités de droit commun en matière de partage de successions confondues doivent faire l'objet de développements distincts.

§ 1. — LES NULLITÉS SPÉCIALES.

226. — Les nullités spéciales sont fortement marquées par l'indivisibilité de l'acte, tant au point de vue de leur régime juridique que de leurs effets.

I. — Régime des nullités spéciales.

Réalisée par donation ou par testament, la confusion a pour effet de conférer une unité parfaite à l'objet de la répartition. Une seule action sanctionne alors chaque nullité de cette répartition et la nullité s'apprécie par rapport à l'ensemble.

A. — *Epoque de l'action.*

227. — Chaque nullité est mise en œuvre par une action unique intentée au décès du survivant des époux. Ce principe, élaboré par la

jurisprudence à partir de la notion d'indivisibilité, est inscrit dans l'article 1080 du Code civil.

Le report de l'action en nullité au décès du survivant trouve application à la fois au cas de donation-partage réalisée par les deux époux et au cas de donation-partage réalisée par le conjoint survivant, car, dans ce dernier cas, les enfants auraient pu prétendre critiquer la répartition des biens du prédécédé avant le décès du disposant. Mais il ne s'applique pas à la confusion successorale réalisée par testaments conformes, car le testament du survivant ne peut prendre effet avant la mort de son auteur (8).

Enfin, il concerne toutes les actions en nullité caractéristiques.

a) *Lésion.*

1° Unité de l'action.

Il serait inexact de penser que deux actions en rescision subsistent, une pour chaque succession, et que toutes deux sont reportées au décès du survivant (9). En réalité, l'action en rescision est unique. S'il en est ainsi, c'est que la répartition elle-même est unique et qu'il ne saurait être question de faire tomber le partage d'une masse successorale pour laisser subsister l'autre.

2° Report au décès du survivant.

Cette action unique ne peut être intentée qu'au décès du survivant des époux.

I. — Le report de l'action avait été admis par la jurisprudence avant la loi de 1938.

Quelques dissidences étaient toutefois apparues en doctrine (10) et en jurisprudence. La Cour d'Agen avait invoqué que l'indivisibilité de la répartition globale n'empêche pas de distinguer les biens paternels et les biens maternels, alors que cette circonstance n'a évidemment aucune incidence sur le report de l'action (11). Mais la Cour de cassation déclarait fermement qu'aucune action en nullité ne peut être intentée du vivant des ascendants (12) et la jurisprudence s'était fixée en ce sens.

(8) Voir *supra*, n° 148.

(9) En ce sens pourtant M. LÉAUTÉ, article précité. Il faut reconnaître que la jurisprudence n'a pas mis en lumière le principe de l'unité de l'action : Civ., 18 juin 1867, précité. Civ., 19 décembre 1859, précité. Mais ce principe n'est pas douteux.

(10) DEVISMES, Des Partages d'ascendant en droit français, Thèse Paris, 1900.

(11) Agen, 17 novembre 1856, précité, 1^{er} juin 1858, D. 1859.I.494.

(12) Entre autres, Civ., 27 juillet 1874, S. 1875.I.64. Civ., 18 juin 1867, précité.

On hésitait plus sur le fondement de la solution.

Certains arrêts expliquaient que le report de l'action était inévitable car la lésion ne pouvait se vérifier qu'au décès du conjoint survivant, par appréciation à cette époque de la valeur totale des biens réunis (13).

L'explication est insuffisante car aucun lien n'existe entre l'époque d'appréciation de la lésion et la date d'exercice de l'action (14) et le report a lieu actuellement alors même que la lésion s'apprécie au moment de l'acte.

D'autres arrêts parlaient du respect de l'œuvre des parents (15) ou encore de la crainte révérencielle (16) qui s'opposaient à ce que le partage soit attaqué tant que l'un d'eux était en vie. La Cour de cassation avait même déclaré que la nullité ou la rescision de la donation-partage de la mère survivante n'aurait pu être demandée par la fille, du vivant de la mère, « sans s'exposer à une action en révocation pour inexécution des conditions sous lesquelles elle avait été faite » (17). Mais cette idée n'a pas eu de suite en jurisprudence.

En fait, le report de l'action se justifie pour les mêmes raisons qu'en cas de partage d'ascendant simple. Selon l'explication classique, on peut dire que l'action est attachée à la qualité d'héritier et qu'elle ne peut être exercée tant que les copartagés n'ont pas acquis cette qualité sur l'ensemble des biens.

Mais surtout, l'acte n'est définitif qu'au deuxième décès, car, en raison de la confusion des biens et de l'unité de la répartition, il peut être modifié ou complété par le conjoint survivant, même s'il était l'œuvre des deux époux.

228. — II. — La loi de 1938 a confirmé les solutions de la jurisprudence. Mais a-t-elle par là même confirmé l'indivisibilité de l'acte ? M. Léauté ne le pense pas. L'auteur écrit : « La jurisprudence affirmait avant 1938 que les actions n'étaient pas possibles avant le deuxième décès, parce qu'une évaluation d'ensemble des biens avant cette date était impossible. Si le lien entre l'évaluation des biens et l'exercice des actions, créé par l'indivisibilité, avait été conservé, le changement de date de l'évaluation aurait dû provoquer celui du point de départ des actions. Le deuxième

(13) Civ., 27 juillet 1874, précité.

(14) TOUZAUD, *Rev. prat. dr. fr.* 1876, t. XVII, pp. 34 à 105. BILLEY, Thèse précitée, n° 318, p. 263.

(15) Toulouse, 22 mai 1863, D. 1863.2.78. Trib. Civ. Saint-Quentin, 19 août 1864, D. 1867.I.110.

(16) Pau, 9 juillet 1861, D. 1861.2.192.

(17) Civ., 19 décembre 1859, précité.

décès ne serait plus la date capitale qui aurait été remplacée par celle de l'acte. Or, elle est restée la même ». L'auteur en conclut que la loi a seulement voulu créer une trêve entre les enfants, jusqu'au deuxième décès, afin de réduire les risques de procès (18).

Cependant, c'est à tort qu'on établit un lien entre la date d'évaluation des biens et celle de l'action en rescision pour en déduire que l'acte n'est pas indivisible si ce lien n'existe pas. La coïncidence entre ces deux dates, avant 1938, était purement contingente et ne résultait pas de l'indivisibilité de l'acte. Cette dernière exige seulement l'unité de l'action en rescision et l'unité de date d'évaluation des biens paternels et maternels. En confirmant l'unité de l'action, le législateur de 1938 n'a fait que se rallier à la solution antérieurement dégagée par la jurisprudence et a consacré l'indivisibilité de l'acte, elle-même dérivée d'ailleurs de l'unité de la répartition.

De ce que l'action en rescision n'est ouverte qu'à partir du décès de l'ascendant survivant, il faut conclure que la prescription de deux ans ne court qu'à partir de cette époque (19) et que la confirmation intervenue pendant la vie d'un des ascendants est dépourvue d'effets (20).

b) *Action en nullité pour omission d'enfant.*

229. — Bien que la lettre de l'article 1080 nouveau ne vise que l'action en rescision et l'action en réduction, on s'accorde généralement à reconnaître que l'action en nullité pour omission doit suivre la règle du report au décès, en matière de partage d'ascendant simple (21).

Le report au décès de l'action en nullité pour omission se justifie, en effet, par les mêmes raisons : le partage d'ascendant ne devient définitif qu'à cette date. Jusque là, l'ascendant peut le compléter et attribuer les biens à l'enfant omis.

Cependant, au cas de partage de successions confondues, le report de cette action, au décès du survivant, n'a pas toujours été unanimement admis.

1° Avant 1938, tout le monde reconnaissait que l'enfant omis ne pouvait se plaindre du vivant des deux auteurs. Mais pour certains, il aurait eu le droit d'agir dès le décès de l'un d'eux. Lui

(18) LÉAUTÉ, article précité.

(19) Civ., 24 juillet 1874, précité.

(20) Toulouse, 26 juillet 1873, D. 1879.2.177.

(21) PLANIOL et RIPERT, t. V, n° 849 bis, p. 1082.

refuser l'action dans l'intervalle des deux décès, serait violer les règles d'ordre public sur la réserve. « Ce serait, écrit un auteur, consacrer une exhéredation temporaire d'un réservataire » (22).

Cette opinion ne paraît pas fondée, même si on la replace dans son cadre historique antérieur à la loi de 1938.

A cette époque, en l'absence de disposition législative et de décision jurisprudentielle formelles, la doctrine enseignait que l'action en réduction pouvait être intentée dès le premier décès. Mais autre chose est l'action par laquelle le copartagé réclame son lot. Et, si rien ne pouvait empêcher l'héritier d'agir en réduction dès le premier décès pour obtenir sa réserve, il ne s'ensuivait pas que le copartagé pût réclamer une part dans la répartition dès ce moment. L'action en nullité pour omission est relative au partage et devait, comme toutes les autres actions de cette catégorie, être reportée au décès du conjoint survivant.

2° Depuis 1938, au surplus, les actions en réduction sont elles-mêmes reportées au décès du survivant. Le report de l'action en nullité pour omission d'enfant est donc devenu incontestable (23).

La justification de ce report est toujours la même : en raison de la confusion des biens, le partage seulement partiel peut être complété entre les deux décès par le conjoint survivant, avec les biens qui lui appartiennent et qui viennent augmenter l'importance de la masse unique répartie.

c) *Action en nullité pour disparité.*

230. — La solution devrait encore être adoptée pour cette action. Mais, depuis les réformes de 1938, sa recevabilité est contestée.

1° La loi du 7 février 1938 avait expressément dispensé les ascendants procédant au partage de leurs biens de se conformer aux articles 826 et 832 du Code civil, prescrivant l'égalité en nature des lots (article 1075 rédaction du 7 février 1938). Le décret-loi du 17 juin 1938, tout en modifiant les articles 826-832 dans le sens d'un assouplissement de l'égalité en nature, a supprimé la dispense inscrite dans l'article 1075 du Code civil.

Dans le silence des textes, il est difficile de savoir si l'ancienne dispense reste acquise ou si le législateur a entendu imposer à l'ascendant le respect des règles des articles 826-832, devenues, d'ailleurs, très compréhensives.

(22) BILLEY, Thèse précitée, n° 309, p. 256.

(23) DESBOIS, note sous Grenoble, 1^{er} février 1945, précité.

La doctrine se montre généralement favorable à la liberté entière de l'ascendant (24). Tout au plus distingue-t-on parfois entre la donation-partage et le testament-partage. Dans la donation-partage, l'action en nullité pour disparité serait sans intérêt, les enfants conservant à titre de donataires les lots qu'ils perdent à titre de copartagés, en vertu de la conversion de l'acte prévue par l'article 1078 alinéa 4, applicable par analogie à la nullité pour disparité. Au contraire, l'action en nullité entraîne la destruction complète du testament-partage, car les copartagés n'acquièrent pas le titre de légataires, qui leur permettrait de conserver les biens, par une conversion identique à celle de la donation-partage (25).

La jurisprudence s'est montrée mesurée. Certes, la Cour de cassation a admis que l'exploitation rurale pouvait être attribuée par l'ascendant à un seul héritier à charge de soulte envers les autres (26). Mais l'assouplissement de la règle de l'égalité en nature, lorsque les biens sont indivisibles, est une solution acquise depuis longtemps (27).

En dehors de ce cas, la Cour de cassation déclare seulement que « la législation nouvelle consacre et développe les principes déjà dégagés par la jurisprudence antérieure en matière de partage d'ascendant, et permet aux disposants, tant suivant les circonstances, les convenances ou la situation des héritiers, que suivant la nature ou la consistance des biens, de ne pas s'astreindre dans la composition des lots en immeubles et en meubles, à une rigoureuse égalité » (28).

Liberté mais non arbitraire, telle semble être l'opinion de la Cour de cassation. Et il est probable que l'arbitraire serait sanctionné par la nullité, sans que se produise la conversion en libéralités préciputaires, prévue par l'article 1077 du Code civil.

2. — Comme toutes les actions relatives au partage, l'action en nullité pour disparité, unique pour l'ensemble de la répartition, doit être reportée au décès du conjoint survivant. Là encore, le partage peut être rectifié par ce dernier entre les deux décès. Cette

(24) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1952.27036. PLANIOL et RIPERT, t. 5, n° 842, p. 1063, note 3.

(25) VOIRIN, chronique précitée, J.C.P. 1951.899.

(26) Civ., 18 décembre 1950, précité.

(27) Entre autres, Req. 24 décembre 1873, précité.

(28) Civ., 28 mai 1951, J.C.P. 1951.II.6386. V. aussi pour la limitation des pouvoirs de l'ascendant : Montpellier, 22 juin 1955, R.T.D.C. 1955.689 ; pour la liberté : Montpellier, 21 mai 1952, G.P. 1952.2.158.

solution était admise avant 1938 (29). Elle a certainement persisté depuis, malgré le silence de l'article 1080 du Code civil (30).

En raison de l'indivisibilité, chacune des nullités de la répartition est donc sanctionnée par une action unique, irrecevable du vivant des ascendants. La nullité elle-même ne peut d'ailleurs s'apprécier que par rapport à l'ensemble de la répartition.

B. — *Appréciation de la nullité.*

231. — Par suite des modifications législatives, il peut arriver que les deux décès se situent sous des régimes juridiques différents. On est donc amené à distinguer le cas où les deux décès se placent sous la même loi, et le cas où la loi a été modifiée entre les deux décès.

a) *Loi unique.*

Les nullités caractéristiques s'apprécient par rapport à l'ensemble de la répartition, que la confusion successorale soit réalisée par donation ou par testament.

1° Lésion.

232. — I. — Il résulte d'abord du principe énoncé que la masse de calcul de la lésion est unique. Un copartagé ne pourrait pas prétendre être lésé par rapport à l'une des successions seulement. Cette solution est actuellement unanimement admise.

Mais le fondement de cette unité d'appréciation n'est pas toujours clairement aperçu.

a) On l'explique parfois par le mécanisme de la compensation en valeur, admis par la loi en matière de rescision pour lésion (art. 891 et 1078, al. 3 du C. civ.). Telle est l'opinion de M. Léauté (31). Lorsque certains enfants invoquent une atteinte à leurs droits, dans la première succession, les autres enfants n'ont qu'à agir reconventionnellement en rescision du partage de la deuxième succession, tout en offrant un complément en valeur au demandeur, conformément à l'article 1078 du Code civil. « Ils réunissent alors, écrit l'auteur, les qualités de créanciers et de débiteurs. Les créances se trouvent éteintes par confusion. Du moment que les lots des deux enfants en biens des deux hoiries sont au moins égaux aux trois quarts de ce qu'ils doivent être, les actions en rescision sont vouées à l'échec. »

(29) Req. 2 janvier 1867, D. 1867.I.210. SAVATIER, R.G.N. 1929.21903.

(30) VOIRIN, article précité, J.C.P. 1951.899. Sur le report de l'action en cas de partage d'ascendant simple : Civ., 28 mai 1951, précité.

(31) LÉAUTÉ, article précité, J.C.P. 1951.I.924.

Cette explication paraît insuffisante. Elle offre d'abord l'inconvénient, comme le reconnaît M. Léauté, de ne pas donner à l'acte une solidité à toute épreuve. Il suffirait que le demandeur, par exemple, refuse de fournir la compensation en valeur en présence de la demande reconventionnelle, pour que l'acte encourt la nullité. Il est vrai que, pour l'auteur, la nullité ne serait que partielle, laissant subsister le partage de l'autre succession, pour lequel par hypothèse le complément en valeur a été fourni. Mais, outre les critiques que soulève cette nullité partielle (32), l'économie de l'acte n'en serait pas moins bouleversée.

b) En réalité, ce n'est pas le jeu des compléments en valeur qui peut expliquer que la lésion ne puisse être appréciée par rapport à l'une des successions seulement. Il en serait ainsi alors même que, de droit commun, la lésion devrait être réparée en nature. Et l'article 1080 du Code civil, dans son passage visant la confusion, n'est pas une simple application des articles précédents. Il consacre la confusion comme mécanisme original, auquel il faut donner toute sa signification.

Par la confusion, les deux successions ne forment plus qu'une masse indivise unique, objet d'une répartition unique. Les biens répartis sont devenus fongibles entre eux et il importe peu que les droits d'un copartagé soient remplis en biens de l'une ou de l'autre succession. C'est pourquoi, ils seraient mal venus à se plaindre d'être lésés par rapport à l'une des successions.

II. — Pour les mêmes raisons, les biens paternels et maternels doivent être évalués à une date unique pour le calcul de la lésion.

a) Avant 1938, la lésion dans le partage simple, s'appréciait eu égard à la valeur des biens au jour du décès de l'ascendant. La jurisprudence en avait justement conclu que, dans le partage de successions confondues, les biens devaient être évalués au décès du survivant des époux.

La Cour de cassation en donnait pour raison « que l'acte forme un tout indivisible ; qu'il suit de là que tous les biens compris dans la masse doivent être estimés à une même époque ; qu'on ne pourrait en effet, sans rompre l'équilibre des lotissements et détruire toute l'économie du partage, fixer deux époques différentes pour l'estimation des biens paternels et maternels qui ont été réunis

(32) Voir *infra*, n° 236 et suiv.

dans une masse unique et répartis entre les copartageants sans distinction d'origine » (33).

Ces motifs contiennent une très exacte justification du principe de l'unité d'évaluation.

Ils n'expliquent pas pourquoi c'est la date du deuxième décès qui est choisie. Cette date est d'ailleurs tenue pour acquise sans discussion par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence. Mais quelles en sont les raisons ? Ce n'est certainement pas parce que l'action est reportée au deuxième décès ; il n'existe aucun rapport entre la date des évaluations et l'époque de l'action. D'ailleurs, certains avaient justifié le report de l'action par la date unique d'évaluation au deuxième décès.

La fixation au deuxième décès de l'évaluation unique se justifie par l'idée que le conjoint survivant peut apporter des modifications à l'acte, en le corrigeant ou en le complétant, de sorte qu'il ne devient définitif qu'à son décès.

b) Depuis 1938, « pour juger s'il y a lésion dans le partage fait entre vifs, on estime les biens suivant leur valeur à l'époque de l'acte » (art. 1078, al. 2).

Dans le partage entre vifs de successions confondues, la date unique d'évaluation se situe donc normalement au moment de l'acte.

La même règle s'applique au testament-partage cumulatif.

En cas de testaments conformes des deux époux, et si la lésion est invoquée après l'ouverture de la deuxième succession, il semble que les biens doivent être évalués au deuxième décès. En effet, on a vu que les évaluations se placent au deuxième décès parce que c'est seulement alors que la répartition est définitive. Or, dans le cas envisagé, la répartition devient bien définitive avec le testament conforme du conjoint survivant, puisque ce dernier aurait pu la détruire par un testament contraire.

2° Omission d'enfant.

I. — Incidence de la confusion.

233. — L'unité de la répartition a pour conséquence de reporter au deuxième décès l'appréciation de l'omission d'enfant et cette incidence de l'indivisibilité de l'acte se manifeste à un double point de vue.

(33) Civ., 13 décembre 1876, D. 1877.I.171. Voir aussi entre autres : Civ., 14 juin 1937, J.C.P. 1937.II.374, note R.D. *Contra* TOUZAUD, Rev. prat. dr. fr. 1876, précité. DEVISMES, Thèse précitée, p. 193.

a) L'enfant dont la part est composée seulement de biens d'une des deux successions ne peut se plaindre d'avoir été omis dans l'autre.

b) L'omission d'un enfant est sans effet sur la validité de l'acte, si cet enfant meurt sans descendant avant le deuxième décès. Peu importe qu'il ait été vivant lors de l'ouverture de la première succession ; à cette époque, il ne pouvait rien réclamer (34). Cette règle doit s'appliquer aux testaments-partages conformes, après l'ouverture des deux successions.

II. — Justification.

Comment justifier ces deux principes ?

a) On peut soutenir que le législateur, en reportant l'action en nullité pour omission au deuxième décès, a entendu imposer à l'héritier de se contenter des biens de la deuxième succession.

Cette explication, il est vrai, n'est pas conforme à l'opinion de certains auteurs. Ainsi pour M. Desbois, le report de l'action est une simple mesure dilatoire tendant à faire pression sur l'héritier omis « afin de l'amener, si les circonstances s'y prêtent, à envisager de s'en tenir à une compensation au moyen d'un prélèvement sur la deuxième succession », sans qu'il soit obligé de s'en contenter (35).

Pourtant, l'article 1077 du Code civil paraît bien orienter vers une interprétation plus énergique de l'article 1080. L'héritier omis doit se contenter de biens restants dans la succession *ab intestat* ou même, d'après la jurisprudence, d'une soulte. Dès lors, les biens qu'il reçoit dans l'autre succession devraient suffire à arrêter son action en nullité pour omission dans la première succession.

Est-ce à dire que l'explication rende parfaitement compte du régime de l'omission dans le partage des successions confondues ? Apparemment, certes. Mais son bien-fondé n'est qu'apparent, car elle participe d'une théorie générale dont on a eu l'occasion de critiquer les applications en matière de lésion, et qui consiste à expliquer la confusion visée par l'article 1080 à l'aide des compensations prévues par les articles 1077 et 1078.

La confusion successorale est au contraire un mécanisme autonome, fonctionnant sans le secours de la technique des compensations en valeur.

(34) *Contra* DESBOIS, note sous Grenoble, 1^{er} février 1945, précité.

(35) DESBOIS, *eod. loc.*

b) En réalité, au point de vue de l'omission d'enfant, comme au point de vue de la lésion, la confusion a rendu les biens paternels et maternels fongibles entre eux et toute appréciation de l'acte par rapport à l'une des deux successions seulement est devenue impossible.

La critique de l'enfant omis dans l'une des successions est donc irrecevable dès lors que ses droits ont été satisfaits en biens de l'autre. En outre, s'agissant d'une répartition unique et définitive au deuxième décès, il paraît logique de ne pas tenir compte des enfants omis lors du premier décès, mais décédés sans postérité lors du deuxième.

3. — Disparité des lots.

Enfin, la disparité doit, pour identité de raisons, être appréciée pour l'ensemble de la répartition, à l'époque du deuxième décès.

b) *Droit transitoire.*

234. — Lorsque les décès de deux époux ayant fait ensemble la donation-partage de leurs biens se situent sous des régimes juridiques différents, quelle loi doit être appliquée aux nullités spéciales de la répartition ? La question se pose pour toutes les nullités, mais elle sera envisagée ici à propos de la lésion, dont les auteurs et la jurisprudence ont eu à se préoccuper puisque les réformes de 1938 ont modifié la date d'évaluation des biens.

Le problème se dédouble en un conflit de lois et un conflit de décès, le conflit de lois devant être examiné en premier.

I. — Pour certains auteurs, en cas de conflit, la loi applicable à la lésion est la loi en vigueur au moment de la donation-partage. S'il en est ainsi, c'est qu'en procédant à cet acte, « l'ascendant a, dans une certaine mesure, anticipé sur le temps de son décès », réalisant en quelque sorte « la préfiguration de son partage successoral ». Le partage est lié à la donation dans la pensée de l'ascendant (36).

Si la donation-partage a été faite avant 1938, c'est le régime antérieur à cette date qui doit être appliqué, prescrivant l'évaluation des biens au décès de l'ascendant. S'agissant alors d'une donation-partage conjonctive dont les auteurs sont décédés respectivement avant et après 1938, l'évaluation des biens doit être faite au décès du survivant (37).

(36) VOIRIN, note sous Trib. Civ. Saint-Marcellin, 6 mai 1943, J.C.P. 1943.II.2342.

(37) Trib. Civ. Saint-Marcellin, 6 mai 1943, précité.

II. — Mais l'opinion dominante s'est fixée en faveur de l'application de la loi du décès de l'ascendant.

La majorité des décisions de jurisprudence sont en ce sens (38).

L'égalité concerne en effet la qualité d'héritier. Le droit d'agir est d'ordre successoral. De plus, l'égalité n'est pas requise au moment de l'acte, qui peut être complété (39).

S'agissant d'une donation-partage conjonctive, la loi applicable est celle du deuxième décès.

Le régime des nullités spéciales du partage des successions confondues est donc dominé par l'indivisibilité de l'acte ; appréciée par rapport à l'ensemble de la répartition, chaque nullité est mise en œuvre par une action unique, intentée au décès du survivant des ascendants.

Cette indivisibilité, d'origine jurisprudentielle, a été confirmée par la loi du 7 février 1938, non dans les articles 1077 et 1078 organisant des compensations en valeur, mais dans l'article 1080 qui consacre le report de l'action en cas de confusion successorale.

Par ailleurs, la jurisprudence déduisait très logiquement de l'indivisibilité que la nullité de l'acte est toujours totale. Sur ce point précis, le législateur de 1938 n'a rien changé ; mais il a diminué la rigueur des autres indivisibilités du partage d'ascendant, et ces mesures, normalement applicables au partage des successions confondues, atténuent considérablement les effets de la nullité.

II. — *Effets des nullités spéciales.*

235. — Depuis 1938, le partage d'ascendant a gagné en stabilité.

Dans certain cas, l'action en nullité se trouve arrêtée par une fin de non-recevoir.

D'autre part, si la nullité du partage est prononcée, la répartition peut subsister sous la forme de libéralités rapportables.

A. — *Fin de non-recevoir.*

Le législateur a organisé deux fins de non-recevoir, l'une en matière de rescision pour lésion, l'autre en matière d'omission d'enfants. La jurisprudence, par faveur pour le partage d'ascen-

(38) Civ., 28 novembre 1950, D. 1951.I.154, J.C.P. 1951.II.5997, note Cavarroc. 2 novembre 1955, G.P. 18 janvier 1956. Douai, 28 novembre 1943, J.C.P. 1945.II.2861, note Desbois. Aix, 2 janvier 1946, J.C.P. 1946.II.3052, note Roubier.

(39) DESBOIS, D. 1938.4.259. ROUBIER, Droit transitoire, p. 397.

dant, a permis le cumul de ces deux dispositions théoriquement distinctes, dans certains cas.

a) *Lésion.*

Il résulte de l'article 1078 que « le défendeur à l'action en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en usant de la faculté accordée par l'article 891 ». Ce dernier article permet au défendeur d'arrêter l'action en fournissant au demandeur le supplément de la portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

Cette disposition s'applique au partage des successions confondues. Le copartagé qui a reçu, dans l'ensemble des biens répartis évalués au décès du conjoint survivant, un lot dont la valeur n'atteint pas les trois-quarts de celle des autres lots, ne peut plus réclamer la nullité de l'acte contre ses copartagés qui lui offrent le complément en valeur ou en nature.

b) *Omission.*

L'article 1077, statuant pour le partage d'ascendant simple, prévoit que l'enfant omis ne peut pas critiquer l'acte s'il trouve dans la succession *ab intestat* des biens suffisants pour constituer sa part. Au cas de confusion, l'action en nullité de l'enfant omis au deuxième décès est arrêtée s'il trouve des biens suffisants dans l'une ou l'autre succession pour le remplir de sa part dans la répartition globale. Il faut admettre que ces biens peuvent être d'origine paternelle ou maternelle ; on ne voit pas de raison pour donner la préférence à l'une ou l'autre catégorie. Certes, les biens restant dans la succession *ab intestat* n'ont pas été impliqués dans le mécanisme de la confusion. Mais ici, la confusion déborde, en quelque sorte, les limites strictes de la masse répartie et vient affecter des biens qui n'ont pas quitté la succession *ab intestat*.

La jurisprudence a d'autre part combiné ces dispositions concernant l'enfant omis avec la règle du complément en valeur prévue pour l'héritier lésé. Assimilant la situation de l'enfant dont l'acceptation est viciée avec celle de l'enfant omis, la Cour de cassation a déclaré que « alors même que le partage d'ascendant, irrégulièrement accepté par certains donataires, comporterait pour eux une lésion, cette lésion serait couverte par l'offre que font, après la mort du donateur, les autres copartagés, de rétablir l'égalité en valeur en versant aux descendants lésés le complément de leur part héréditaire » (40).

(40) Civ., 18 décembre 1950, précité.

Cette application de la règle du complément en valeur est d'autant plus surprenante que, de l'avis général, l'enfant omis ne recueille pas les biens restants à titre de copartagé, mais à titre d'héritier *ab intestat*. Les dispositions prévues pour le partage d'ascendant ne devraient donc pas l'intéresser (41).

La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection et la faveur qu'elle a montrée pour la stabilité du partage d'ascendant mérite d'être approuvée.

Lorsque ces différentes fins de non-recevoir n'ont pas arrêté l'action, la nullité du partage n'entraîne pas dans tous les cas la destruction complète de l'acte.

B. — *Etendue de la nullité.*

236. — La nullité du partage est toujours totale, mais la répartition peut subsister sous forme de libéralités rapportables.

a) *Nullité du partage.*

1° Avant 1938, la jurisprudence déduisait de l'indivisibilité que si l'acte « est nul quant au partage des biens de la mère, il ne peut subsister relativement au partage des biens du père » (42).

Cette déduction était rigoureusement logique. Au surplus, la nullité partielle n'aurait laissé subsister qu'un acte embryonnaire et édulcoré.

2° La même solution doit-elle être admise depuis 1938 ?

1. — Pour ceux qui expliquent désormais la confusion successorale, par le jeu des compensations des articles 1077 et 1078 du Code civil, la nullité du partage peut être partielle dans certains cas. Ainsi en est-il en matière de lésion, de l'avis de M. Léauté. Pour cet auteur, un des copartagés peut réclamer à raison de la lésion qu'il subit dans l'une des successions seulement, même, doit-on comprendre, si ses droits ne sont pas atteints dans l'ensemble de la masse répartie. Soit, par conséquent, un héritier qui intente l'action en rescision dans ces conditions. Le défendeur pourra agir, conformément à un mécanisme déjà exposé, en demande reconventionnelle pour la lésion corrélatrice qu'il subit dans la deuxième succession. En même temps, il arrêtera l'action du demandeur par l'offre d'un complément en valeur. Mais, si le demandeur refuse de fournir de son côté le complément en valeur,

(41) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1952.27036.

(42) Nombreux arrêts ; entre autres, Civ., 19 décembre 1859, précité.

seule la nullité du partage de la deuxième succession sera prononcée (43).

La nullité peut donc être partielle.

2. — Mais il est inexact, on l'a vu, de rendre compte de la confusion des successions par le jeu des compensations en valeur. La confusion est un phénomène original qui implique l'unité de la masse répartie et l'impossibilité absolue d'apprécier la validité de la répartition par rapport à une seule succession. Il est inévitable que les vices de cette répartition unique en entraîne la destruction totale.

Le principe reste donc le même qu'avant 1938 : la nullité du partage ne peut qu'être totale.

Mais, depuis 1938, la nullité du partage n'entraîne pas toujours l'anéantissement du partage d'ascendant.

b) *Conversion du partage d'ascendant.*

237. — Aux termes de l'article 1078 du Code civil « lorsque la rescision du partage fait par acte entre vifs aura été prononcée, comme aussi dans le cas de nullité prévu par l'article 1077, les enfants ou descendants qui viendront au nouveau partage feront le rapport des biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, suivant les règles prescrites par les articles 855 et suivants ».

Lorsque le partage est nul, la répartition subsiste sous forme de libéralités rapportables : c'est la conversion de l'acte dont il faut étudier le mécanisme et le domaine.

1° Mécanisme de la conversion.

1. — Les enfants conservent les biens qui leur avaient été attribués, en tant que donations rapportables. Le rapport se fera en moins-prenant au-delà de la réserve. Il a lieu en nature, sauf les exceptions prévues aux articles 866 et 924, dans la mesure de la réserve (44).

2. — La conversion s'analyse en une rupture de l'indivisibilité établie par la jurisprudence entre le partage et la libéralité. En vertu de cette indivisibilité, la nullité du partage entraînait celle de la libéralité. Actuellement, la libéralité subsiste.

(43) LÉAUTÉ, article précité.

(44) La répartition peut donc se trouver modifiée dans la mesure de la réserve.

2° Domaine de la conversion.

1. — Quant aux actes,

L'article 1078 prévoit la conversion du partage fait par acte entre vifs et paraît donc l'exclure pour le testament-partage. C'est que le testament-partage ne confère pas aux copartagés le titre de légataires. L'annulation ne laisse alors « subsister aucun élément sain, de nature à constituer une forme mineure, sous laquelle l'acte survit à son annulation » (45).

2. — Quant aux causes de nullité,

Le texte ne vise que les cas de nullité pour lésion ou pour omission d'enfant. Certains auteurs en étendent l'application à la nullité pour disparité des lots et en concluent que l'action fondée sur cette nullité n'offre plus d'intérêt (46).

La construction jurisprudentielle de l'indivisibilité a donc conservé toute sa valeur pour les nullités caractéristiques du partage d'ascendant. Fondée sur l'unité de la masse répartie, l'indivisibilité est d'ailleurs de l'essence même de l'acte.

En ce qui concerne le régime des nullités spéciales, l'indivisibilité oblige à les apprécier par rapport à l'ensemble de la répartition, sans égard à l'origine des biens, et à les exercer par une action unique au décès du survivant.

Dans ses effets, la nullité ne peut saisir le partage d'une des successions seulement, à l'exclusion de l'autre. Sur ce point, le législateur de 1938 n'a apporté aucune modification. Si toutefois la nullité peut être actuellement partielle dans certains cas, c'est que les réformes de 1938 ont atténué l'indivisibilité entre les attributions et entre la donation et le partage.

L'indivisibilité a des incidences plus atténuées sur les nullités de droit commun.

§ II. — NULLITÉS DE DROIT COMMUN.

238. — Il est impossible de donner une énumération des nullités de droit commun encourues par le partage d'ascendant. Ce sont, peut-on seulement dire, toutes les nullités autres que les nullités spéciales. Elles comprennent notamment : la nullité pour défaut d'acceptation des enfants, pour partage des biens d'autrui...

(45) VOIRIN, article précité, J.C.P. 1951.899.

(46) VOIRIN, *eod. loc.*

Les effets de l'indivisibilité née de la confusion successorale sont moins fortement marqués sur les nullités de droit commun que sur les nullités spéciales.

Le régime juridique n'est pas affecté par l'indivisibilité. En revanche, elles agissent comme les nullités spéciales, sans égard à l'origine des biens.

I. — Régime des nullités de droit commun.

Les actions en nullité de droit commun, relatives à la technique de l'acte, ne subissent pas les exigences de l'indivisibilité de la répartition. Le report au décès du conjoint survivant, prévu par l'article 1080 du Code civil, ne les concerne pas. Elles peuvent être exercées du vivant des ascendants.

A. — La Cour de cassation a dû rappeler ces principes à différentes reprises en ce qui concerne l'action en nullité fondée sur l'inaliénabilité dotale, en raison des dissidences qui s'étaient manifestées. La doctrine de la Cour est restée très ferme : l'action des héritiers est recevable dès le décès de la mère, alors même que le mari serait encore vivant, et la prescription de dix ans court de ce jour (47).

B. — On pourrait douter que la même solution soit applicable à la nullité pour défaut d'acceptation, ou pour acceptation viciée d'un enfant. La Cour de cassation décide en effet que l'intéressé ne peut se prévaloir de la nullité s'il trouve dans la succession *ab intestat* des biens suffisants pour le remplir de sa part, conformément aux dispositions de l'article 1077 largement entendues (48).

Ne convient-il pas alors d'attendre le décès du survivant pour savoir s'il restera dans sa succession suffisamment de biens pour arrêter l'action de l'enfant ?

La Cour de cassation n'est pas entrée dans cette voie. Invoquant les termes limitatifs de l'article 1080 du Code civil, elle a déclaré que l'action en nullité pour acceptation viciée peut être intentée du vivant du ou des donateurs, à partir du moment où

(47) Civ., 25 janvier 1866, précité. Req. 29 février 1878, précité. En ce sens, BONNET, *Partage d'ascendants*, t. II, n° 662. *Contra* DEMOLOMBE, *Donations et testaments*, t. VI, n° 228. REQUIER, *Partage d'ascendant*, n° 253. Voir aussi : Pour l'action en nullité fondée sur l'article 1167 Code civ. Req. 21 juillet 1903, R.G.N. 1904.13835. Pour l'action en nullité des accords tendant à dissimuler une soule (art. 7, Loi 27 février 1912). Civ., 28 juin 1956, R.G.N. 1957.27511.

(48) Civ., 18 décembre 1950, précité. Civ., 23 février 1954, D. 1954.273, SAVATIER.

l'incapacité a cessé (49). La faveur de la jurisprudence envers le partage d'ascendant a pour limite obligée les dispositions expresses de la loi.

L'indivisibilité de l'acte n'a donc aucune incidence sur la recevabilité des actions en nullité de droit commun. Son influence est par contre très nette sur les effets de la nullité.

II. — *Etendue de la nullité.*

239. — L'étendue de la nullité résulte du jeu d'une triple indivisibilité : entre les deux partages combinés, entre les différents lots et, en cas de donation-partage, entre la donation et le partage.

La première de ces indivisibilités reste absolue, après comme avant 1938. Mais les deux autres ont reçu des atténuations sensibles, lors des réformes de 1938. Il est toutefois douteux que ces atténuations s'appliquent aux nullités de droit commun.

A. — *Caractère absolu de l'indivisibilité créée de la confusion.*

a) A cet égard, la nullité de l'acte est toujours totale.

Ainsi, si le lot de l'enfant non acceptant est composé de biens maternels uniquement, il n'est pas possible de prononcer la nullité du partage de la seule succession maternelle. Il en est de même pour la dotalité. L'indivisibilité née de la confusion interdit une telle discrimination.

b) Dans un domaine voisin de la nullité, on a prétendu que la révocation exercée par un ascendant contre l'un des enfants devait entraîner l'anéantissement total du partage d'ascendant conjonctif, contrairement à ce qui se passe au cas de partage d'ascendant simple, au motif que le partage d'ascendant conjonctif est indivisible (50).

Mais il convient de ne pas faire produire à l'indivisibilité née de la confusion des effets excessifs. Elle relie entre elles les répartitions des successions paternelle et maternelle, de telle sorte qu'elles ne sont plus dissociables. Elle ne crée pas, entre les attributions de la masse globale, un lien plus strict que celui qui unit les attributions dans le partage d'ascendant simple. Or dans

(49) Rennes, 21 décembre 1950, S. 1952.2.1, note Lagarde, confirmé par Civ., 1^o 14 mars 1955, S.D. 1955.468. *Contra* Rennes, 19 mai 1884, S. 1885.I.169, note Labbé.

(50) DEPIERROIS, R.G.N. 1958.27663, précité. En ce sens Rouen, 28 juillet 1903, R.G.N. 1904.14036. *Contra* Civ., 14 janvier 1913, précité.

le partage d'ascendant ordinaire, on admet généralement que la révocation d'un lot n'affecte pas l'ensemble du partage. De même, en cas de partage d'ascendant conjonctif, la révocation d'un lot ou d'une quotité d'un lot laisse subsister les autres attributions. En réalité, ce qui est en cause ici, ce n'est pas l'indivisibilité née de la confusion, mais l'indivisibilité entre les différents lots d'un même partage.

L'indivisibilité née de la confusion est donc absolue, mais doit être contenue dans ses limites propres.

B. — *Atténuation aux indivisibilités entre les lots et entre la donation et le partage.*

240. — Ces atténuations sont l'œuvre du législateur de 1938 (51).

1. — Le lien entre les différentes attributions se trouve relâché. L'enfant omis qui recueille des biens restants dans la succession *ab intestat*, conformément à l'article 1077 du Code civil, ne fait pas partie de la collectivité des copartagés. Cette exclusion n'empêche pas le partage de subsister entre les autres héritiers.

2. — De même, l'article 1078 opère la rupture entre la donation et le partage. Le partage nul pour omission, lésion ou disparité, subsiste sous forme de libéralités rapportables.

La question se pose alors de savoir si on peut envisager d'appliquer ces dispositions, prévues pour les nullités spéciales, aux nullités de droit commun. Certaines de ces nullités ne sont pas spécifiques au partage d'ascendant conjonctif. D'autres, au contraire, sont liées à la réalisation de la confusion.

a) *Nullités communes à tous partages d'ascendants.*

1. — Il est maintenant acquis que l'enfant non acceptant, ou dont l'acceptation est viciée, ne peut réclamer la nullité de l'acte s'il trouve des biens suffisants pour le remplir de sa part, dans la succession *ab intestat* (52).

Cette extension à l'enfant non acceptant des règles prévues pour l'enfant omis est-elle fondée ?

On peut objecter que ces deux situations sont entièrement différentes. Lorsqu'un enfant a été omis, l'acte est conclu, mais

(51) Avant 1938, ces indivisibilités étaient absolues et entraînaient la nullité totale de l'acte. *Contra* pour la non-acceptation, GENTY, *op. cit.*, pp. 118 et 183.

(52) Civ., 18 décembre 1950, précité. Civ., 23 février 1954, précité. En ce sens Grenoble, 19 mars 1947, J.C.P. Ed. Not. 1948.II.4474, note Voirin. *Contra* Orléans, 2 février 1949, *eod. loc.*, cassé par Civ., 23 février 1954, précité.

menacé d'annulation. Au contraire, le refus d'un enfant empêche l'acte de se former de sorte qu'aucune des parties n'est engagée.

La doctrine approuve la Cour de cassation de ne pas s'être arrêtée à cette objection. M. Voirin estime que cette jurisprudence est conforme à l'esprit de la loi de 1938. Le législateur, pour assurer l'efficacité de la volonté du disposant, est allé jusqu'à organiser la conversion de la donation-partage en donation rapportable (art. 1078). « Or n'est-il pas moins grave, écrit l'auteur, de consacrer une réduction du rayonnement de l'acte, laquelle n'opère pas à proprement parler conversion, puisqu'elle n'altère en aucune façon la nature juridique de cet acte ? » (53)

Au surplus, il faut reconnaître que l'article 1077 offre toute l'apparence de l'application à un cas particulier d'un procédé plus général de validation du partage d'ascendant, dont il appartient à la jurisprudence de déterminer le domaine d'action.

Telle est l'opinion de M. Savatier pour qui la solution de la Cour de cassation était contenue dans l'article 1077 (54).

Faut-il conclure de cette jurisprudence que toutes les techniques de validation prévues pour les nullités spéciales sont applicables à la nullité pour défaut d'acceptation ?

En ce sens, certains auteurs enseignent que, si l'enfant ne trouvait pas de biens suffisants et que la nullité du partage soit prononcée, l'acte serait converti en une série de libéralités, car l'article 1078 est le complément de l'article 1077.

Toutefois, la Cour de cassation a récemment mis un frein à cette tendance extensive, en décidant que l'action en nullité de l'enfant non acceptant ne saurait être arrêtée, à défaut de biens suffisants, par une soule offerte par ses cohéritiers (55).

2. — L'application de l'article 1077 pourrait-elle être étendue à d'autres nullités de droit commun ?

En ce qui concerne la révocation, certains auteurs estiment que l'enfant évincé devrait être considéré comme un enfant omis et qu'il doit, par conséquent, se contenter des biens qu'il trouve dans la succession (56). Quant à l'inaliénabilité dotale, un jugement du Tribunal civil de Grenoble a décidé que la donation-partage conjonctive comprenant des biens dotaux est annulable pour le tout (57).

(53) VOIRIN, note précitée.

(54) SAVATIER, note J.C.P. 1951.II.6056, précitée.

(55) Civ. 1^{re}, 15 juin 1960, J.C.P. 1960.II.11875.

(56) DEPIERROIS, article précité.

(57) Trib. Civ. Grenoble, 13 janvier 1944, précité.

Cette décision apparaît d'autant plus rigoureuse qu'en l'espèce, une des attributions assurait l'établissement de l'enfant.

On aurait pu songer à la maintenir en appliquant l'article 1078 du Code civil. Le jugement, il est vrai, est antérieur à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation étendant les articles 1077 et 1078 à l'enfant non acceptant. Mais il n'est pas certain que la solution qu'il donne soit périmée, car la Cour suprême elle-même ne semble pas s'engager vers une généralisation absolue des articles 1077 et 1078 du Code civil, ainsi qu'il apparaît dans l'étude des nullités tirées du défaut de droit du disposant.

b) *Nullités liées à la réalisation de la confusion.*

241. — Ces nullités sont celles nées du défaut de pouvoir de l'ascendant qui comprend les biens de son conjoint dans sa répartition. La validité de tels actes n'est généralement pas assurée sans l'appui d'une technique coercitive ou, pour la donation-partage du survivant, sans le consentement de tous les enfants majeurs et maîtres de leurs droits.

Mais si les attributions de biens d'autrui sont nulles, en résulte-t-il que l'acte entier soit anéanti ? On peut envisager d'appliquer à l'attributaire évincé les différents procédés de validation prévus par les articles 1077 et 1078 : compensation en biens successoraux ou par une soulte, conversion de l'acte en un ensemble de libéralités. Doctrine et jurisprudence ne s'y montrent pas favorables.

1° Partage d'ascendant par le prémourant des époux.

1. — Jurisprudence relative au testament-partage comprenant des biens communs.

La Cour d'Angers avait validé le testament-partage du mari comprenant ses propres biens et des biens de communauté, au motif que rien n'interdisait de comprendre dans le partage testamentaire la part du testateur dans les biens de communauté et qu'au surplus, la lésion qui pouvait résulter du partage serait compensée par le versement d'une soulte, laquelle, s'agissant d'un partage testamentaire, devait être calculée au jour du décès.

La Cour de cassation condamne ce recours à la compensation en valeur pour valider l'acte. Elle invoque que « l'inclusion des biens de communauté dans la masse partagée rendait impossible au jour de l'ouverture de la succession l'évaluation comparative des lots ; en effet, la part des ascendants... se détermine *ipso facto* au moment même du décès de l'ascendant et n'est sujette à aucune

modification par suite du résultat futur et incertain du partage » (58).

Les motifs de la censure de la Cour de cassation sont d'une interprétation difficile.

Il ne paraît pas que l'inclusion de biens de communauté dans le partage empêche d'évaluer les lots au décès de l'ascendant.

Cependant il faut observer que le contenu des lots resterait incertain et dépendrait des résultats du partage de la communauté. Les attributions de biens communs seront consolidées si ces derniers sont mis dans le lot de l'auteur de l'acte. La technique de validation jouera seulement dans le cas contraire. Mais le partage de la communauté peut être longtemps différé et l'incertitude se prolongera d'autant. C'est sans doute cette incertitude que la Cour de cassation a entendu condamner.

Il est vrai que la Cour s'est prononcée contre une indemnisation fondée sur l'article 1423 du Code civil et non sur les articles 1077 et 1078. Mais les juges d'appel semblent bien avoir pensé plutôt à ces derniers articles et, de toute façon, les motifs de la Cour suprême, condamnant l'indemnisation en valeur de l'attributaire de biens communs, sont valables quel que soit le fondement de cette indemnisation, dès lors que son mécanisme reste le même.

Cette jurisprudence conduit donc à penser que l'inclusion de biens communs dans un testament-partage entraîne sa nullité totale, sans indemnisation possible de l'attributaire évincé. Prévue pour les nullités spéciales, l'indemnisation est inapplicable aux nullités de droit commun. La jurisprudence précitée relative à la non-acceptation d'un des enfants n'implique pas une extension sans limites de cette technique de validation.

2. — Portée de cette jurisprudence.

Si tel est bien le sens de l'arrêt, sa portée dépasse le cadre dans lequel il est intervenu.

a) D'une part, il exclut non seulement le complément en valeur au cas où une lésion résulterait de l'éviction de l'attributaire, mais toutes les techniques de validation prévues par les articles 1077 et 1078 du Code civil, pour identité de motifs.

b) D'autre part, l'application de ces techniques de validation serait également impossible dans la donation-partage comprenant des biens communs, car l'efficacité de la donation de tels biens par un époux est au moins subordonnée aux résultats du partage.

(58) Civ., 28 janvier 1953, précité.

c) Enfin faut-il en conclure que les techniques de validation ne s'appliquent pas lorsque le disposant a partagé non des biens communs, mais les propres de son conjoint ? On ne peut plus alors invoquer l'incertitude d'un partage à l'encontre de la validité de l'acte. Mais à cette incertitude s'en substitue une autre, née de l'ignorance où on se trouve de l'attitude qu'adoptera le conjoint à l'égard du partage de ses biens, réalisé par le disposant. Les articles 1077 et 1078 seraient donc là encore sans application.

2° Partage d'ascendant par le survivant des époux.

242. — On sait que le partage testamentaire de la communauté par le conjoint survivant est valable comme charge implicite, d'après la jurisprudence. Il s'agit donc seulement de savoir si le testament-partage comprenant des biens du conjoint du testateur, et la donation-partage comprenant des biens du conjoint du disposant ou des biens communs, sont frappés de nullité totale ou seulement d'une nullité limitée aux attributions de biens dont l'auteur de l'acte n'a pas la libre disposition.

En ce qui concerne le testament-partage cumulatif, les mêmes raisons subsistent d'exclure l'application des articles 1077 et 1078 du Code civil.

Pour la donation-partage cumulative, un argument nouveau pourrait être invoqué à l'appui de la nullité partielle. Si les attributions de biens propres ou communs sont nulles, c'est que l'ascendant n'a pas obtenu le consentement de tous les enfants majeurs et maîtres de leurs droits. Or, on l'a vu, la jurisprudence étend les articles 1077 et 1078 du Code civil au cas de défaut d'acceptation ou d'acceptation viciée d'un enfant.

Cependant la nullité de la donation-partage cumulative prend bien sa source dans l'inclusion des biens communs ou des biens du prédécédé, plutôt que dans un défaut d'acceptation et, la preuve en est que le consentement des enfants n'est pas le même que celui qu'ils donnent à l'occasion d'une donation-partage simple. Dans le premier cas, ils doivent être majeurs ; dans le second, l'acceptation des mineurs suffit. L'analogie des situations n'est qu'apparente et il serait abusif de l'invoquer pour appliquer les articles 1077 et 1078 du Code civil à la donation-partage cumulative du conjoint survivant.

L'extension est d'ailleurs repoussée par un auteur qui remarque que l'acte est nul pour une cause de nullité propre au partage des successions et non à la donation-partage. L'auteur ajoute : « On ne conçoit pas, même en se fondant sur l'indivisibilité de l'acte et de sa nullité, qu'on donne la préférence à une disposition (l'ar-

ticle 1077), qui a été édictée dans un esprit de faveur exceptionnelle pour les donations-partages et qui est justifiée par le rôle plus grand que le législateur a donné à l'égalité en valeur dans les partages d'ascendant. On ne saurait éliminer la réglementation du partage des successions, alors que la nullité de l'acte conjonctif tend en définitive à assurer l'application de cette réglementation » (59).

Finalement, si la jurisprudence a étendu les techniques de validation prévues par les articles 1077 et 1078 au cas de non acceptation d'un enfant, tout permet de penser qu'elle n'en généralisera pas l'application aux autres nullités de droit commun. Cette généralisation, qui n'est pas logiquement inconcevable, ne semble pas dans l'orientation actuelle des arrêts de la Cour de cassation. En particulier, l'inefficacité des attributions des biens du conjoint ou des biens communs compris dans un partage d'ascendant doit entraîner la nullité de l'acte entier.

Sous-section 2.

Réduction.

243. — Le droit du partage cesse d'être seul applicable au partage d'ascendant lorsque apparaît la volonté de l'ascendant d'avantager certains des enfants. L'action en réduction est alors ouverte aux autres copartagés.

La loi détermine elle-même dans quel cas on peut considérer qu'un enfant est avantagé aux dépens de la réserve de ses cohéritiers. Aux termes de l'article 1079 du Code civil, la réduction est encourue par celui qui a reçu en même temps la quotité disponible de la succession et un lot supérieur à celui des autres enfants.

Ces principes sont applicables au partage des successions confondues, mais le mécanisme de la réduction subit alors de notables perturbations. On sait, en effet, que la confusion successorale a pour conséquence de rendre équivalents les biens paternels et les biens maternels au point de vue de la réserve. C'est en tenant compte de cette règle que doivent être analysés successivement le régime et les effets de la réduction.

(59) PATARIN, R.G.N. 1955.27369.

§ I. — RÉGIME DE LA RÉDUCTION.

La confusion successorale a pour effet de réunir en une masse unique les biens paternels et maternels. On peut alors se demander si les réserves des père et mère restent distinctes ou si elles subissent la même unification que les masses successorales pour former une seule réserve globale. La question de l'unité ou de la dualité des réserves domine entièrement le régime de la réduction.

I. — *Principe de la dualité des réserves.*

244. — Des raisons d'ordre théorique et des considérations d'ordre pratique amènent à poser le principe de la dualité des réserves paternelle et maternelle *que la confusion successorale ne réussit pas à unifier.*

A. — *Raisons théoriques.*

La justification du principe énoncé se trouve dans le caractère même du droit de la réserve. Ce dernier est, en effet, d'ordre public et les incidences de la confusion successorale dans ce domaine doivent être limitées au strict nécessaire.

Or, pour que la validité de la confusion soit assurée, il suffit d'admettre l'équivalence des biens paternels et maternels. Mais cette équivalence, qui est une qualité des biens répartis, ne porte en aucune façon atteinte au droit commun de la réserve.

La réserve des copartagés reste, en principe, due en nature et s'ils doivent se contenter, en raison de leur équivalence, de biens de l'une ou l'autre origine, ils ne sauraient être contraints d'accepter de biens étrangers aux successions paternels et maternels.

Il faut en conclure que les réserves ne sont pas unifiées et doivent être calculées séparément. C'est pourquoi, au point de vue de la réserve, s'il est encore question d'équivalence des biens répartis, on ne doit plus parler d'indivisibilité de l'acte.

A ces raisons théoriques, s'ajoutent d'ailleurs des considérations pratiques.

B. — *Raisons d'ordre pratique.*a) *Biens restants au décès de l'ascendant.*

La réserve d'un des ascendants comprend non seulement la valeur des biens qu'il a distribués, mais aussi la valeur des biens restant à son décès (art. 922 C. civ.).

Le principe d'une réserve globale unique conduirait à évaluer, pour le calcul de cette réserve, l'ensemble des biens répartis à l'ouverture de la deuxième succession.

Mais alors, on serait également amené à évaluer au même moment les biens de la première succession laissés en dehors de la répartition. Les biens restant de l'ascendant prédécédé seraient donc évalués au décès du conjoint survivant (60).

b) *Enfants décédés au deuxième décès.*

De la même façon, puisque le calcul de la réserve globale se ferait au décès du survivant, il faudrait tenir compte seulement des enfants réservataires encore vivants lors de ce décès, à l'exclusion de ceux qui sont morts sans postérité entre les deux décès (61).

Ces deux conséquences de l'unité de la réserve en condamnent le principe. Il n'est donc pas douteux que des réserves soient distinctes et doivent être calculées séparément.

II. — *Conséquences du principe.*

245. — A la lumière du principe de la dualité des réserves, on peut déterminer les règles relatives aux actions en réduction et aux évaluations.

A. — *Actions en réduction.*

a) *Nombre des actions.*

A chaque partage d'ascendant contenu dans le partage des successions confondues correspond donc une action en réduction.

Lorsque l'acte est l'œuvre des deux époux, une action est ouverte aux copartagés pour réclamer leur réserve dans chacune des successions.

Si l'acte est l'œuvre du survivant des conjoints, seul le partage de ses biens propres peut être critiqué pour atteinte à la réserve, à l'exclusion de celui des biens du prédécédé : une seule action en réduction est alors donnée aux copartagés.

b) *Nature des actions.*

L'action en réduction est celle visée par l'article 1079 du Code civil et la réduction ne peut avoir lieu que si les conditions prévues par cet article sont réunies (62).

(60) DESBOIS, note sous Grenoble, 1^{er} février 1945, précité.

(61) DESBOIS, *eod. loc.*

(62) Civ., 15 mai 1876, précité ; Civ., 3 mars 1914, précité ; Civ., 28 octobre 1929, précité.

Ces conditions s'apprécient par rapport à chacune des successions séparément. Dans la première succession, par exemple, on ne tiendra compte que des dispositions préciputaires faites par le premier ascendant. On calculera la réserve de chacun dans cette succession seulement et on comparera avec ce qui, dans chaque allotissement global, représente les droits du copartagé dans la même succession.

c) *Epoque des actions.*

1° Avant 1938, on admettait généralement que les héritiers pouvaient agir dès le premier décès pour obtenir leur réserve dans la première succession.

On en donnait pour raison que la réserve est d'ordre public et que rien ne peut s'opposer à ce qu'elle soit délivrée à l'héritier dès le décès de l'ascendant. Telle était au moins l'opinion unanime de la doctrine (63).

En jurisprudence, la question n'était pas résolue. Certains arrêts indiquaient bien, dans leurs motifs, que les actions en réduction, comme les actions en nullité spéciale, ne peuvent être exercées qu'après le décès du conjoint survivant (64). Mais aucune décision n'avait fait application directe de ce principe.

2° Depuis 1938, les enfants doivent attendre le décès du survivant des ascendants pour agir (art. 1080 nouveau). Comment justifier cette solution ?

On ne saurait en conclure que la loi a entendu unifier les actions en réduction et, par là même, les réserves. Une telle mesure serait inutile pour assurer le fonctionnement de la confusion successorale et, au surplus, pratiquement irréalisable.

Le report des actions en réduction se comprend cependant si on observe que les biens paternels et maternels étant équivalents au point de vue de la réserve, l'ascendant survivant pourra corriger et modifier la répartition avec ses propres biens et par suite peut-être supprimer les atteintes à la réserve du prémourant que l'acte contenait.

C'est donc dans l'équivalence des biens répartis, et non dans une prétendue unité des réserves, que le report de l'action trouve son fondement. Seuls, d'ailleurs, les enfants qui acceptent la pre-

(63) BILLEY, Thèse précitée, n° 304, p. 252. SAVATIER, article précité, R.G.N. 1929.1.21903. LÉAUTÉ, article précité, J.C.P. 1951.1.924.

(64) Req. 25 novembre 1878, D. 1878.1.449 ; Req. 25 février 1890, D. 1890.1.345.

mière succession bénéficient du report de l'action en réduction relative à cette succession. Le renonçant devient étranger à la succession et la part qu'il retient à titre de donation selon l'article 845 du Code civil peut être réduite dès le premier décès (65).

B. — *Evaluations.*

246. — Conformément aux termes de l'article 922 du Code civil, la réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du disposant auxquels on réunit fictivement les biens donnés entre vifs. Après déduction des dettes, on calcule la quotité disponible en tenant compte de la qualité des héritiers. Ces différentes catégories de biens doivent être évaluées pour rendre possible la comparaison entre le montant des aliénations à titre gratuit et le montant de la quotité disponible.

Les mêmes principes sont applicables au partage des successions confondues ; mais leur mise en œuvre est compliquée par l'équivalence des biens répartis et la dualité des réserves.

a) *Loi unique.*

1° *Avant 1938.*

A cette époque, les biens donnés ou les biens légués, ces derniers considérés comme biens restants, sont évalués au décès de l'ascendant. Comment interpréter cette directive au cas de partage de successions confondues ?

I. — La Cour de cassation a condamné la théorie d'après laquelle les biens provenant effectivement du père et de la mère dans la masse globale doivent être évalués à leur décès respectif (66).

Un tel calcul méconnaîtrait, en effet, complètement le principe de l'équivalence des biens paternels et des biens maternels au regard de la réserve, d'où il résulte que les biens donnés ou légués par l'un ou l'autre ascendant ne sont pas distingués par leur origine mais sont représentés par une quotité de chaque lot correspondant à leur contribution.

(65) Poitiers, 13 décembre 1887, S. 1888.2.13, note Lecourtois, confirmé par Req. 25 février 1890, précité. Simple application de Ch. Réun., 27 novembre 1863, D. 1864.1.5.

(66) Entre autres, Civ., 14 juin 1937, J.C.P. 1937, p. 374, note R.D. ; R.T.D.C. 1937.874 ; en faveur des évaluations séparées, TOUZAUD, article précité, Rev. prat. 1876.

II. — Le principe de l'évaluation au décès de l'ascendant devait être combiné avec celui de l'équivalence des biens répartis.

L'équivalence des biens répartis entraînait cette conséquence que le calcul de la réserve s'opérait selon un processus inverse de celui habituellement pratiqué : alors que les évaluations s'appliquaient normalement à un ensemble de biens préalablement déterminés par leur origine paternelle ou maternelle, elles précédaient nécessairement, au cas de partage de successions confondues, la détermination des biens donnés ou légués. Elles s'imposaient comme un préalable pour connaître la contribution des ascendants (67) et la valeur des lots auxquels on allait appliquer la quotité obtenue. Par suite, c'est l'ensemble des biens compris dans la masse globale qui devait être évalué et cette évaluation était faite à une date unique puisque ces biens étaient équivalents.

Pour respecter le principe de l'article 922 ancien, cette date unique d'évaluation devait être celle du décès de l'ascendant dont on calculait la réserve.

La détermination des biens donnés ou légués par un ascendant s'analysait donc en trois phases successives : évaluation de tous les biens à son décès, calcul de la quotité représentant sa contribution, application de cette quotité à chacun des lots.

Telles étaient d'ailleurs les règles dégagées par la Cour de cassation qui déclarait que la valeur des lots doit être appréciée « en se reportant au jour du décès (de l'ascendant), puisque la « quotité dont il avait la faculté de disposer ne peut être déterminée qu'à cette époque, conformément à l'article 922 du Code « civil, qu'il suit de là que tous les biens compris dans le partage « doivent être estimés suivant leur valeur au décès (de l'ascendant), comme s'il eût été opéré à ce moment ; qu'on ne pourrait, « en effet, sans rompre l'équilibre des lotissements et sans détruire « toute l'économie du partage fixer deux époques différentes pour « l'estimation des biens paternels et maternels qui ont été réunis « en une seule masse et répartis entre les deux copartagés sans « distinction d'origine ; que l'arrêt attaqué n'a violé aucune disposition légale en ordonnant que les biens maternels attribués (au « demandeur en réduction), pour lui tenir lieu de ses droits « paternels seraient estimés suivant leur valeur au décès (du père), « afin de vérifier s'il a reçu l'équivalent de sa réserve (paternelle), « disposition qui implique l'estimation de tous les biens maternels à la même époque, pour en distraire la quote-part qui repré-

(67) Calculée selon le système dit de la fiction conjonctive. Voir pour une méthode différente mais critiquable, Limoges, 10 février 1926, *supra*, p. 281.

« sente les droits (du demandeur) dans les successions de sa « mère... » (68).

De même, la doctrine se prononçait pour une évaluation unique de l'ensemble des biens au décès de l'ascendant dont on calculait la réserve (69).

Cette unité d'évaluation, rendue nécessaire par l'équivalence des biens, ne mettait pas en cause le principe de la dualité des réserves. En effet, l'époque d'évaluation n'était pas fixée *ne varietur* au décès de l'ascendant survivant comme pour la lésion au regard de laquelle la masse répartie est unique et indivisible, mais alternativement au décès de l'un ou l'autre ascendant selon la réserve considérée. Et si une action en réduction avait été exercée dans la succession du prémourant des époux auteurs d'une donation-partage conjonctive, c'est au décès de cet époux prémourant qu'aurait dû se situer l'évaluation des biens partagés. Ces règles n'étaient pas douteuses, malgré les motifs de certains arrêts intervenus en matière de donation-partage cumulative du survivant qui, s'exprimant en termes généraux et assimilant rescision et réduction, pouvaient laisser croire que l'évaluation des biens pour le calcul de la réserve, se faisait, dans tous les cas, au décès du conjoint survivant (70).

Pratiquement, d'ailleurs, le principe de l'unité d'évaluation s'imposait avec une force inégale selon qu'on se plaçait aux différents stades du calcul de la réserve, à savoir d'une part détermination des biens objet du rapport fictif ou des biens restants partagés dans le testament, et, d'autre part, comparaison de la réserve de chaque descendant avec ce qu'il a reçu dans l'acte.

1° Il ne s'imposait pas pour la première de ces opérations. On doit, en effet, remarquer qu'il revient au même à cet égard d'évaluer à son décès les seuls biens effectivement donnés par le père (par exemple), ou d'évaluer à cette époque l'ensemble des biens répartis, paternels et maternels, pour en déduire, par application de la fraction contributive du père à chacun des lots, la valeur qui doit être fictivement rapportée.

Le deuxième système présente sans doute, au moins dans la donation-partage, l'avantage d'être plus conforme au principe de l'équivalence des biens. Mais cet avantage est purement théorique et reste sans incidence sur les résultats du calcul.

(68) Civ., 15 mai 1876, précité ; Civ., 13 décembre 1876, précité ; Req. 15 juin 1933, D.H. 1933.430 ; Civ., 14 juin 1937, précité.

(69) BILLEY, Thèse précitée, n° 321, p. 265.

(70) Req. 15 juin 1933, précité. Civ., 14 juin 1937, précité.

Il était donc possible de considérer que les biens rapportés fictivement ou les biens restants partagés dans le testament étaient les biens ayant appartenu effectivement à l'ascendant, ou dépendant effectivement de sa succession.

2° Au contraire, pour la comparaison de la réserve du descendant avec l'émolument reçu par lui dans l'acte, les principes dégagés par la Cour de cassation prenaient toute leur force. La comparaison ne pouvait se faire qu'avec une quotité du lot du descendant correspondant à la contribution de l'ascendant décédé. Et cette quotité devait obligatoirement être calculée en évaluant l'ensemble des biens répartis, paternels et maternels, au moment unique du décès de l'ascendant considéré.

La réforme de la loi du 7 février 1938 a considérablement simplifié le calcul de la réserve.

II. — Depuis 1938.

Les biens donnés ou légués (considérés comme biens restants) s'évaluent désormais au moment de l'acte (art. 922 C. civ.).

Le principe s'applique sans difficulté à l'ensemble des biens compris dans un partage de successions confondues. On en déduit la contribution de chaque ascendant dans la masse globale, puis sa contribution dans chacun des lots qui représente les biens donnés ou légués par lui au sens de l'article 922 du Code civil.

b) *Droit transitoire.*

247. — D'après quelles lois doivent être faites les évaluations lorsque les décès des époux auteurs d'une donation-partage conjonctive se situent sous des régimes juridiques différents ?

1° Le problème s'est présenté devant la Cour de Grenoble après les réformes de 1938 (71).

La donation-partage avait été réalisée en 1919. Le père décède en 1920 et la mère en 1942. Un copartagé demande alors le rapport fictif des biens donnés « en vue d'établir la masse successorale sur laquelle se calcule la réserve » à laquelle il a droit.

La Cour de Grenoble décide d'abord que la loi applicable à l'évaluation des biens est celle de la donation-partage en raison du caractère contractuel de l'acte. Le rapport fictif doit donc se faire conformément aux dispositions anciennes de l'article 922, c'est-à-dire d'après la valeur des biens au décès du donateur.

(71) Grenoble, 1^{er} février 1945, précité.

Mais, en l'espèce, il y a deux donateurs. La Cour déclare alors que les biens venant effectivement de l'un et l'autre ascendant doivent être évalués à l'époque de leur décès respectif au motif que « de la combinaison des articles 1079 et 922 ancien du Code civil, il résulte que les biens compris dans un partage d'ascendant fait sous forme de donation entre vifs doivent, au cas où ce partage est attaqué pour atteinte à la réserve, être estimés suivant leur état au moment de la donation et leur valeur au temps du décès de l'ascendant ; qu'il n'y a pas de raison pour faire fléchir la règle quand le partage comprend cumulativement les biens paternels et maternels ; que décider en ce cas que l'estimation sera faite d'après leur valeur au décès du survivant des ascendants, ce serait violer les dispositions de la loi ; qu'en effet, s'il y a partage unique, on ne saurait nier qu'il y a deux successions distinctes qui sont régies l'une et l'autre par le texte précité ».

La Cour ordonne donc l'évaluation aux décès respectifs des biens venus effectivement de chaque ascendant.

2° Cette décision a été critiquée en doctrine.

I. — La solution de la Cour est parfaitement exacte quant au problème de l'évaluation des biens objets du rapport fictif.

Pour certains auteurs, l'évaluation de tous les biens répartis, pour le calcul des deux réserves, devait être faite au décès du conjoint survivant (72). Mais un tel système se heurte au principe de la dualité des réserves, à juste titre proclamé par la Cour.

En réalité, on l'a vu, le rapport fictif peut porter sur les biens effectivement donnés par chaque ascendant évalué à son décès, comme l'a pensé la Cour. Certes, il n'en serait pas de même pour la comparaison entre la réserve du descendant avec l'émolument qu'il a reçu dans l'acte ; les biens donnés sont alors nécessairement représentés par une quotité du lot. Mais, en l'espèce, seule la question du rapport fictif était posée. A cet égard, la Cour prend soin de relever que « l'examen du procès porte sur deux points bien nets : l'obligation du rapport et l'évaluation du rapport ».

La solution de la Cour est donc justifiée.

II. — En revanche, il semble bien que le conflit de loi proprement dit ait été mal résolu par la Cour. On estime, en effet, généralement que les questions de réserve ne sont pas d'ordre contractuel. Elles sont d'ordre successoral et, par conséquent, régies par la loi du décès.

(72) PERROT, Thèse précitée, n° 72.

Cette erreur fait d'ailleurs tomber la décision entière puisque le problème des évaluations dépendait de la solution donnée au conflit de loi. Il importe alors de rétablir la vérité.

La réserve de l'un et l'autre ascendant devait être évaluée suivant la loi en vigueur à son décès : article 922 ancien pour le prémourant, article 922 nouveau pour le survivant.

Les biens effectivement donnés par le père devaient donc être estimés à son décès et les biens d'origine maternelle au moment de la donation-partage.

Tels sont les principes qui semblent concilier au mieux la dualité des réserves et l'équivalence des biens répartis.

§ 2. — EFFETS DE LA RÉDUCTION.

I. — Avant 1938, la réduction avait lieu en nature. En raison de l'équivalence des biens paternels et maternels résultant de la confusion successorale, il fallait certainement admettre qu'elle pouvait porter indifféremment sur l'une ou l'autre catégorie de biens.

Toutefois, la Cour de cassation avait déclaré l'article 866 du Code civil applicable au partage d'ascendant. La réduction se faisait donc en valeur dans les cas prévus par ce texte.

II. — Depuis 1938, la réduction a lieu en valeur en toutes hypothèses (art. 1079 C. civ.).

*
**

249. — L'étude des nullités et de la réduction du partage des successions confondues permet donc de déterminer la portée exacte de l'indivisibilité de l'acte.

L'indivisibilité née de la confusion des biens domine le régime et les effets des nullités de l'acte, tout particulièrement des nullités spéciales liées aux vices de la répartition.

Elle est sans incidence sur les réserves des ascendants qui restent distinctes et doivent être, dans la mesure du possible, calculées séparément.

Quant aux indivisibilités entre la donation et le partage d'une part, et entre les différentes attributions d'autre part, elles ont subi, depuis 1938, de notables atténuations qui renforcent la stabilité du partage d'ascendant.

*Section 2.***Partages « ab intestat »**

250. — Lorsque les enfants partagent cumulativement plusieurs successions, ou la succession d'un époux et la donation collective reçue de l'autre, ou enfin deux donations collectives faites par les ascendants, on retrouve la même solidarité entre les différents partages ainsi combinés.

Cette indivisibilité se manifeste d'une part au point de vue de la nullité du partage, d'autre part, dans le jeu de l'effet déclaratif.

*Sous-section 1.***Nullités.**

Avant de déterminer l'incidence de l'indivisibilité sur la nullité de l'acte, il convient de se demander quelles actions en nullité sont recevables.

I. — Recevabilité de l'action en nullité pour disparité des lots.

Les héritiers qui s'entendent pour confondre les successions paternelle et maternelle répartissent en général amiablement la masse unique ainsi formée.

Toutefois, des contestations peuvent s'élever sur ce point, dont la justice sera alors saisie. Le juge doit-il respecter l'égalité en nature entre les héritiers ?

L'article 832 du Code civil ne semble plus l'imposer : « Dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit autant que possible être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente ».

La jurisprudence en a conclu que le partage avec soulte est désormais conforme à la mission du juge (73). La licitation ne devrait être ordonnée que si la soulte est trop importante (74) ou trop difficile à calculer (75).

(73) Civ., 21 avril 1947, précité.

(74) SAVATIER, note sous le précédent arrêt.

(75) Civ., 17 juillet 1958, précité.

D'autre part, l'indivisibilité des biens peut conduire à composer certains lots en meubles, d'autres en immeubles (76).

Mais, s'il paraît souhaitable de laisser au juge toute liberté d'écarter l'égalité en nature lorsque l'exigent les circonstances, il n'est nullement nécessaire de lui reconnaître un pouvoir arbitraire à cet égard (77).

L'égalité en nature devrait donc rester l'idéal théorique, sans qu'il puisse en résulter ni des divisions de biens ni, lorsque la soule n'est pas excessive, des licitations.

II. — *Incidence de l'indivisibilité de l'acte.*

a) Les nullités doivent être appréciées par rapport à l'ensemble de la répartition sans distinction des biens suivant leur origine.

b) Lorsque la nullité est prononcée, elle anéantit l'acte entier. Il ne serait pas possible de faire tomber le partage de la succession maternelle en laissant subsister le partage de la succession paternelle.

Sur tous ces points, les effets de la confusion successorale dans les partages *ab intestat* sont comparables à ceux de la confusion dans les partages d'ascendant. L'effet déclaratif, par contre, est spécial aux partages *ab intestat*.

Sous-section 2.

Effet déclaratif du partage.

251. — S'il est vrai que le partage des successions confondues réalise la répartition d'une masse indivise unique, l'effet déclaratif doit se produire sur l'ensemble de cette masse et non distributivement par rapport à chacune des masses successorales primitives.

Cette conséquence de la confusion successorale est admise par la jurisprudence car elle résulte de la faculté reconnue aux héritiers de renoncer à leur droit aux biens en nature.

Précisons que la question se pose dès qu'une indivision au moins est impliquée dans la confusion. Elle concerne donc le partage d'ascendant cumulatif réalisé par le survivant des époux.

(76) SAVATIER, article précité, R.G.N. 1955.27322.

(77) Trib. Civ. Avranches, 1^{er} avril 1957, D. 1958, Somm. 26.

Le problème doit être envisagé différemment selon que l'effet déclaratif se produit dans les rapports d'un héritier avec les ayants-cause de ses cohéritiers, ou dans les rapports de chaque héritier avec ses propres ayants-cause.

A. — *Rapports d'un héritier avec les ayants-cause de ses cohéritiers.*

En réputant la propriété des lots acquise par les attributaires au décès de l'ascendant, l'effet déclaratif protège chaque héritier contre les aliénations et constitutions des droits consenties par ses cohéritiers sur les biens qui lui sont finalement échus. Le droit de l'ayant-cause d'un copartageant se trouve donc résolu si le bien acquis par lui n'est pas attribué à son auteur.

Mais, avant le partage, compte tenu des quote-parts des héritiers et de l'importance de la masse à partager, les acquéreurs de droit peuvent supputer les chances qu'ils ont de voir leurs acquisitions consolidées.

La confusion successorale risque alors d'accroître la précarité de leurs droits puisqu'elle peut avoir pour effet de remplir en tout ou partie les droits d'un héritier dans une succession en biens dépendant de l'autre succession.

a) *Jurisprudence.*

La jurisprudence admet pourtant l'opposabilité aux ayants-cause des héritiers du partage des successions confondues.

Ainsi en a décidé la Cour de Rouen dans un arrêt en date du 17 janvier 1847 (78).

Une veuve réalise le partage anticipé de ses biens entre ses enfants en faisant masse avec la succession du mari prédécédé. Un créancier attaque alors le partage comme fait en fraude de ses droits. Il avait cautionné la dette hypothécaire d'un copartageant, qui avait été inscrite sur la portion devant revenir à celui-ci dans les immeubles alors indivis du père commun. Mais le lot échu à ce copartageant ne comprenait que des biens de la mère ; l'hypothèque du créancier s'est trouvée éteinte et la caution a dû payer la dette. La caution a alors attaqué le partage en prétendant qu'il était nul comme n'ayant pas été fait par successions séparées, contrairement à ce qu'exige le droit aux biens en nature des héritiers.

Le Tribunal civil d'Evreux rejette sa demande et la Cour de Rouen confirme le jugement, posant ainsi le principe que les

ayants-cause des copartagés sont exposés à subir l'effet déclaratif sur l'ensemble de la masse répartie (79).

b) Appréciation de la solution.

La solution de la jurisprudence mérite d'être approuvée. Il est, en effet, certain que la règle de l'article 826 du Code civil, qui reconnaît aux héritiers le droit aux biens en nature, est facultative. Leur renonciation ne peut être attaquée dans son principe.

Si les ayants-cause des héritiers redoutent la fraude, il leur est toujours possible de faire opposition au partage et d'exercer leur droit à y intervenir dans les termes de l'article 882 du Code civil.

B. — Rapports d'un héritier avec ses ayants-cause.

252. — La jurisprudence applique également l'effet déclaratif dans les rapports entre chaque héritier et ses ayants-cause.

a) Partage ordinaire.

En vertu de ce principe, la communauté d'un copartageant reçoit seulement la partie mobilière du lot et n'a droit à rien si le lot est purement immobilier.

On aurait pu concevoir que les droits de la communauté soient déterminés par une fraction correspondant à la proportion de meubles dans l'hérédité entière. Ses droits auraient donc été indépendants de la composition du lot lui-même.

L'effet déclaratif s'y oppose et subordonne les droits de la communauté aux résultats du partage (80).

b) Partage de successions confondues.

Il doit en être de même au cas de partage de successions confondues.

1° On pourrait cependant invoquer en sens contraire l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 janvier 1934 (81).

La Cour de cassation a écarté l'application de l'effet déclaratif dans les rapports entre les descendants auteurs d'un partage cumu-

(79) En ce sens VOIRIN, note sous Civ., 29 juillet 1952.

(80) Req. 11 avril 1902, précité. En ce qui concerne les droits du créancier bénéficiaire d'une hypothèque consentie pendant l'indivision sur la fraction du prix d'adjudication mise au lot de son débiteur. Civ., 1^{er} janvier 1909, D. 1910.I.33, note de Loyne, S. 1909.I.361, WAHL.

(81) Précité.

latif et l'ascendant qui exerçait son droit de retour sur les biens donnés.

Doit-on en conclure que le partage des successions confondues n'emporte pas effet déclaratif envers les ayants-cause des copartageants ?

2° La réponse est certainement négative.

La solution de la Chambre des requêtes est particulière au problème précis de la reprise des biens donnés par l'ascendant au titre du retour ou de la révocation. On a vu, en effet, que, après une répartition de biens indivis réalisée sans tenir compte de leur origine, il serait particulièrement illogique de régler le fonctionnement du retour ou de la révocation précisément sur l'origine des biens partagés. Il est beaucoup plus conforme à l'esprit de ces institutions de déterminer l'objet de la reprise en observant que la contribution vraie de chaque ascendant dans chacun des lots est la même, en quotité, que leur contribution dans la masse globale (82).

Il existe donc de fortes raisons pour écarter, dans ce cas précis, l'effet déclaratif du partage. Ces raisons ne se retrouvent pas lorsqu'il s'agit de déterminer les droits de la communauté puisqu'ils dépendent non de l'origine des biens mis dans le lot de l'époux commun, mais de leur nature mobilière ou immobilière.

Finalement, l'effet déclaratif du partage cumulatif se produit, dans tous les cas, par rapport à l'ensemble de la masse répartie.

*
**

253. — La confusion successorale a donc pour effet de rendre les biens paternels et maternels équivalents à tous égards.

En ce qui concerne le partage proprement dit, les biens paternels et maternels réunis en une seule masse indivise sont devenus fongibles entre eux, de telle sorte que la répartition ne peut être appréciée que dans son ensemble.

Quant aux titres des copartagés, ils subissent également l'incidence de la confusion successorale et leur contenu concret n'est plus déterminé par l'origine des biens partagés, mais par une quotité des lots correspondant à la contribution de chaque ascendant.

(82) Voir *supra*, n° 209.

Sous-titre 2

Limites d'incidence de la fongibilité

254. — I. — La fongibilité des biens répartis, véritable fondement de leur équivalence au regard des règles du partage et de la libéralité qui sert de technique au partage d'ascendant, ne développe pas ses conséquences sans rencontrer certains obstacles.

Certes, la fongibilité n'est pas une création purement artificielle des ascendants ou des héritiers qui partagent les différentes successions. En effet, lorsque le droit aux biens en nature des héritiers est écarté, les deux successions ne forment plus qu'une seule et même universalité.

Cependant, cette unification des indivisions trouve indirectement sa source dans la volonté des ascendants ou des héritiers et, par son origine conventionnelle, connaît les mêmes limites que tout effet de droit attaché à une manifestation de volonté. Ces limites sont marquées par l'ordre public et les droits des tiers.

II. — On rencontrera donc des situations où la volonté des parties est impuissante à conférer une équivalence absolue aux biens compris dans la répartition. Effective dans les rapports entre héritiers, l'équivalence des biens pourra être déniée par certains tiers et se heurtera aux exigences de l'ordre public.

Dans ces différents cas, une liquidation totale ou partielle des successions s'impose et ainsi disparaît l'un des avantages les plus appréciables du partage des successions confondues (83).

(83) Il importe d'ailleurs de préciser que la liquidation des successions est toujours nécessaire, avant leur partage cumulatif, si certains héritiers ont des vocations inégales dans chacune d'elles, afin d'établir le montant de leurs droits.

*Section 1.***L'ordre public.**

255. — Les incidences de l'ordre public sur la confusion successorale se manifestent lors de la détermination des biens grevés par le privilège des copartageants ou par une clause d'inaliénabilité.

I. — Privilège des copartageants.

Aux termes de l'article 2103 du Code civil, « les créanciers privilégiés sur les immeubles sont... 3° les cohéritiers sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes ou retours de lots ».

La Cour de cassation a eu à décider si la détermination des biens soumis au privilège devait tenir compte de leur équivalence résultant de la confusion successorale.

En l'espèce, une veuve avait fait donation cumulative à ses quatre enfants de ses propres, de sa part de communauté et de ses droits sur les biens du défunt mari en vertu de son contrat de mariage, sous condition que chacun de ses enfants demeurerait chargé, pour un quart, des dettes contractées pendant l'indivision, c'est-à-dire depuis le décès du mari. Les quatre enfants ont alors procédé, en présence de leur mère, au partage des biens donnés par cette dernière et de ceux provenant de la succession du père. L'un des enfants céda ensuite ses droits à ses frères. Puis, deux des trois enfants restés en présence durent payer l'intégralité des dettes contractées pendant l'indivision et prétendirent exercer contre le troisième, au lot duquel avaient été mis des propres du père et un conquêt de communauté, un recours garanti par le privilège des copartageants.

Le Tribunal et la Cour d'appel font droit à leur demande. Mais l'arrêt est censuré par la Cour de cassation qui déclare « que les dettes dont s'agit n'ont pas été contractées par le père et ne font point partie du passif de sa succession et ne peuvent donner lieu à l'exercice du privilège sur les immeubles héréditaires » (84).

La décision de la Cour de cassation doit être approuvée. La réglementation des privilèges est d'ordre public et, en particulier, l'assiette du privilège des copartageants ne saurait être modifiée

(84) Civ., 6 avril 1881, D. 1881.1.358.

par la volonté des enfants ou des ascendants qui réalisent un partage de successions confondues.

II. — *Clause d'inaliénabilité.*

256. — L'inaliénabilité des biens est une règle qui, assurant leur libre circulation, intéresse fortement l'ordre public.

Ainsi la jurisprudence décide que les clauses d'inaliénabilité ne sont valables que si elles sont limitées dans le temps et justifiées par un intérêt légitime (85).

Il n'est donc pas surprenant que le partage des successions confondues reste sans incidence sur la détermination des biens soumis à une clause d'inaliénabilité.

Le problème se pose dans la situation suivante :

L'ascendant survivant fait une donation collective à ses enfants assortie d'une clause d'inaliénabilité frappant l'ensemble ou quelques-uns des biens donnés. Puis, les enfants partagent les biens donnés réunis en une seule masse avec les biens de la succession du conjoint prédécédé.

Dans ces conditions, l'inaliénabilité affectera les seuls biens provenant effectivement de l'ascendant donateur, et non une quotité de chaque lot, car les biens d'un ascendant ne peuvent être rendus inaliénables par la volonté de l'autre (86).

L'équivalence des biens répartis se heurte donc parfois à des règles d'ordre public. Mais le partage des successions confondues n'en reste pas moins possible. Il n'est même pas nécessaire de procéder à une liquidation préalable des successions si elles sont *en fait* confondues. Il suffira de faire une liquidation théorique après le partage afin de déterminer l'origine du bien litigieux.

Section 2.

Droits des tiers.

257. — L'exercice des droits de certains tiers est subordonné à des distinctions entre les différentes catégories de biens répartis.

Les tiers peuvent alors dénier l'équivalence des biens répartis, née de la volonté des ascendants ou des héritiers, qui porte atteinte à leurs droits.

(85) Req. 30 octobre 1911, D. 1916.1.5, note Sarrut.

(86) Civ., 22 juillet 1896, D. 1898.1.17.

Les distinctions entre les différents biens auront généralement pour critère leur origine paternelle ou maternelle. Mais dans certains cas, elles devront se faire selon leur nature mobilière ou immobilière.

I. — *Distinction des biens d'après leur origine.*

Lorsqu'elle est exigée pour l'exercice des droits des tiers, la distinction selon l'origine intéresse tous les biens et s'analyse en réalité comme une reconstitution complète des masses à partager.

Cette liquidation ne fait pas obstacle au partage des successions confondues, *mais elle doit le précéder*. Si elle n'était pas faite avant le partage, la nullité de ce dernier pourrait être demandée par les tiers mis dans l'impossibilité d'exercer leurs droits.

A. — *Rapport des dettes.*

258. — Aux termes de l'article 829 du Code civil « chaque héritier fait rapport à la masse... des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur ». Au cas de partage de plusieurs successions entre les mêmes héritiers, les modalités du rapport des dettes ont soulevé des difficultés.

Le rapport des dettes s'applique non seulement aux dettes contractées par l'héritier envers le défunt, mais également aux dettes postérieures à l'ouverture de la succession, dans la mesure où elles sont l'accessoire des biens de cette succession (87).

Or, l'opération intéresse les tiers puisqu'elle permet aux cohéritiers du débiteur de se payer sur la part de ce dernier avant ses créanciers personnels.

On doit alors se demander si la confusion successorale peut précéder les rapports de dettes, de telle sorte que les dettes de l'une et de l'autre succession seront rapportées indistinctement à la masse globale, ou si les rapports doivent se faire avant la confusion, chaque dette étant rapportée à la succession qu'elle concerne.

a) Lorsqu'il n'existe pas de communauté dissoute entre les deux successions, la réponse n'est pas douteuse. Les rapports doivent précéder la confusion successorale et si les masses sont en fait confondues, leur distinction s'impose afin de permettre le rapport des dettes séparément à chacune des successions.

(87) Req. 7 juin 1892, D. 1893.1.5, note de Loynes.

Il serait facile de montrer que le rapport global à la masse globale risque de porter atteinte aux droits des créanciers personnels de l'héritier débiteur. Il suffit de supposer qu'un héritier est débiteur dans une seule des deux successions pour une valeur supérieure à sa part héréditaire. Le jeu du rapport donne à ses cohéritiers une préférence sur ses créanciers personnels, mais seulement dans la mesure de sa part dans la succession considérée. Au delà de cette part, et en particulier sur ses droits dans l'autre succession, le concours doit se rétablir entre les cohéritiers et les créanciers personnels. Or, la confusion successorale, permettant le rapport de la dette dans la masse globale, aurait pour effet de créer une préférence au profit des cohéritiers, sur la part dans l'autre succession de l'héritier débiteur (88). Les créanciers personnels de ce dernier seraient donc lésés.

259. — b) La question a fait difficulté lorsqu'il existe une communauté dissoute entre les deux successions et la Cour de cassation a dû prendre parti.

En l'espèce, deux successions et une communauté étaient à partager entre les mêmes héritiers. L'un d'eux, Alphonse Tattet, avait reçu des avances sur la communauté du vivant des époux, et le notaire liquidateur avait ordonné le rapport de ces avances à la masse commune dissoute. Mais le créancier personnel d'Alphonse Tattet prétendait que la dette devait être rapportée pour moitié à chacune des successions, après distinction des masses successorales.

D'après le calcul du notaire, qui revenait à un rapport aux successions confondues, la totalité des droits d'Alphonse Tattet dans l'une et l'autre succession était absorbée par sa dette.

Dans l'autre système, Alphonse Tattet restait débiteur de 14.000 F dans la succession paternelle. Mais il lui restait, après rapport fait, 40.000 F dans la succession maternelle. Et le créancier personnel pouvait concourir avec les cohéritiers sur ces 40.000 F.

On sait qu'il est impossible, en règle générale, de confondre les successions avant d'effectuer les rapports des dettes et que, si elles sont en fait confondues, leur distinction s'impose.

Mais, en la cause, on invoquait la nature particulière de la dette d'Alphonse Tattet, et c'est sur ce point qu'insistait le jugement du Tribunal civil de la Seine, confirmé par la Cour d'appel de Paris, pour rejeter la demande du créancier et entériner le calcul du notaire.

(88) Sur l'idée de préférence dans le rapport de dettes, voir ROUAST, Du droit de préférence résultant du rapport des dettes R.T.D.C. 1911, p. 687.

D'après le tribunal, la dette envers la communauté doit être rapportée à la masse commune. A cet égard, les juges déclarent que « l'article 1476 renvoie aux règles des successions et que les articles 1468, 1469, 1470, relatifs au partage de la communauté posent des règles qui confirment pleinement les principes posés au titre du partage des successions; qu'il (en résulte)... Qu'Alphonse Tattet, venant du chef de sa mère au partage de la communauté qui a existé entre elle et son mari, devait rapporter à la masse, tant les sommes qui lui avaient été avancées des deniers en dépendant que celles pour lesquelles ladite communauté s'était obligée à l'acquit dudit Alphonse Tattet ; que, copartageant, il ne pouvait rien prendre dans les valeurs indivises qu'au préalable il ne se fût libéré par confusion en sa personne jusqu'à concurrence de sa part ; que sa dette se trouvant supérieure à son émolument, il était forcément exclu de toute participation à l'actif »...

En réalité, la prétendue dette d'Alphonse Tattet envers la communauté n'était qu'une dette, par égale part, envers les deux successions.

En effet, après le décès des deux époux, la communauté dissoute s'absorbe complètement dans les deux successions et ne représente plus que des fractions confondues de chacune d'elles.

Il en résulte que toutes les dettes, quelle qu'ait pu être du vivant des époux leur relation avec la communauté, sont désormais des dettes successorales rapportables à chacune des successions. Et c'est bien à tort que le jugement parle du partage de la communauté après le décès des deux époux : la masse des biens anciennement communs ne peut plus, à cette époque, faire l'objet d'un véritable partage mais seulement d'une ventilation entre les deux successions. Cette ventilation n'est pas soumise aux règles du partage et n'en produit pas les effets (89).

La Cour de cassation a d'ailleurs rectifié la solution des juges du fond et décidé que les successions doivent être distinguées pour permettre le rapport distinct à chacune des dettes qui la concerne. En l'espèce, les biens communs devaient être attribués par moitié à chaque succession et Alphonse Tattet devait alors rapporter la moitié de sa dette à chacune (90).

Toutefois, le créancier personnel ne pourrait plus réclamer s'il avait acquiescé à un jugement ordonnant la confusion de l'actif

(89) Voir *supra*, n° 131 et suiv.

(90) Civ., 21 mars 1846, D. 1846.I.135 ; voir aussi Civ., 1^{er} 29 juillet 1952, précité ; en ce sens DUTRUC, Traité du partage des successions, Paris, 1855, n° 444.

des successions. La Cour de cassation a en effet décidé qu'en acceptant la confusion de l'actif, le créancier avait accepté la confusion du passif. Le partage apparaît donc comme une opération complexe, dont les bases sont irrévocablement déterminées par le jugement qui l'ordonne (91).

B. — Opposition des créanciers d'un héritier au partage de l'une des successions.

260. — L'article 882 du Code civil permet aux créanciers d'un copartageant de s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence et d'attaquer le partage consommé, lorsqu'il a été fait sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée.

La confusion successorale risque de faire échec à l'opposition des créanciers personnels de l'héritier et peut donc devenir source de fraude à leurs droits.

Le cas s'est présenté dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation.

Pierre Lacaze avait fait au profit de sa femme un legs du quart de tous ses biens. Il décède en 1829, à la survivance de sa veuve et de six enfants. Sa succession se compose d'un seul immeuble.

La mère décède en 1840, sans avoir réclamé son legs. En 1841, les enfants partagent l'immeuble paternel sans exprimer l'intention de partager la succession maternelle, constatant seulement dans l'acte de partage que la mère a, au titre de sa dot, une créance de 1.000 francs dans la succession du père.

Mais le créancier personnel d'un des héritiers, ayant fait opposition au partage de la succession maternelle, demande la nullité de l'acte de 1841 comme contenant le partage de ladite succession en fraude de ses droits.

Le tribunal et la Cour d'appel font droit à la demande.

La Cour de cassation constate que la mère était créancière du père et d'autre part que le fait qu'elle n'ait pas demandé délivrance de son legs, n'avait pas fait obstacle à ce qu'ait lieu, à son profit, la transmission des biens légués. La Cour confirme alors l'arrêt au motif « que si les héritiers n'avaient pas expressément réglé leurs droits respectifs dans la succession maternelle, ils étaient arrivés à un résultat identique par le partage de la succession

(91) Req. 22 mars 1847, D. 1847.1.287.

paternelle, laquelle comprenait dans l'espèce toutes les valeurs mobilières et immobilières dont se compose celle de la mère ; que la nullité de l'acte de partage ne pouvait être divisée, puisqu'elle ne devait produire son effet, en ce qui concerne la succession maternelle, qu'après avoir fait tomber le partage même de la succession paternelle... » (92).

Ainsi, lorsqu'un créancier a fait opposition au partage d'une des successions, il doit être invité à intervenir au partage des successions confondues en fait. A défaut, il pourrait provoquer la nullité de l'ensemble des opérations.

C. — *Validité des actes des époux et des héritiers sur la communauté.*

261. — La validité de certains actes sur la communauté faits par les époux pendant le mariage, et par l'époux survivant ou les héritiers après la dissolution, est, en principe, subordonnée aux résultats du partage de la masse commune.

Comment s'applique alors cette règle lorsque les successions des père et mère sont confondues soit par les enfants, soit par le testament d'un seul époux et que la communauté n'est pas partagée ?

Un arrêt de la Cour de cassation a décidé que « le partage global des deux successions qui a permis d'éviter le partage de la communauté est le fait volontaire et exclusif des cohéritiers et c'est à l'héritier du mari, s'il veut se soustraire à la délivrance de la chose léguée, de prouver (...) que cette chose lui est advenue non de la succession du testateur, mais de celle de son épouse » (93).

Cette décision, déjà étudiée (94), peut laisser penser que le partage cumulatif empêche d'apprécier la validité du legs de l'un des époux ou, au moins, met la preuve de l'origine du bien légué à la charge de l'héritier.

La jurisprudence dominante admet cependant que le legs de la chose indivise entre le testateur et les héritiers s'impose à ces derniers en tant que charge implicite, sans se préoccuper de rechercher si la communauté sera ou non répartie par les héritiers entre les deux successions, ou s'ils procéderont à un partage de successions confondues (95). Cette solution est la seule exacte. En effet,

(92) Req. 14 novembre 1853, D. 1853.1.326.

(93) Civ. I^{re}, 5 février 1952, précité.

(94) Voir *supra*, n° 132.

(95) Civ. I^{re}, 20 février 1957, précité. Toutefois, le testateur pourrait expressément subordonner la validité de sa disposition aux résultats du « partage » de la communauté par les héritiers.

on l'a vu, la communauté indivise entre le testateur et les héritiers ne fait pas l'objet d'un véritable partage. C'est la transmission successorale qui fait cesser l'indivision mais les effets du partage ne se produisent pas et, en particulier, aucun effet déclaratif ne vient mettre en cause la validité du legs du conjoint survivant. Les motifs de l'arrêt du 5 février 1952 ont donc une portée limitée et la distinction des biens suivant leur origine ne paraît pas s'imposer pour apprécier la validité des legs de l'ascendant survivant et même de l'ascendant prémourant.

En ce qui concerne les actes des ascendants autres que les legs ils devraient également avoir une validité définitive lorsque la communauté n'a pas été partagée avant le décès du survivant. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point. Mais, se plaçant sur le terrain de l'interprétation de la volonté de l'ascendant pour valider son legs, elle reste libre de ne pas étendre la même solution aux autres actes et de subordonner leur validité au partage de la communauté après le décès des deux ascendants. La distinction des biens suivant leur origine paternelle ou maternelle deviendrait alors nécessaire.

Enfin, les actes des héritiers sur l'indivision post-communautaire ne sont pas affectés par la mise dans la succession de l'ascendant survivant des biens qui en ont fait l'objet. Ils sont appréciés au regard de l'effet déclaratif qui se produit lors du partage des successions, confondues ou non en une même masse (96).

Les tiers peuvent donc parfois exiger la distinction des biens suivant leur origine, malgré la volonté des parties de les rendre équivalents. Il ne s'agit d'ailleurs que d'une distinction de fait, imposant, le cas échéant, la liquidation des successions, mais ne s'opposant pas à une répartition cumulative entre les héritiers.

II. — *Distinction des biens d'après leur nature.*

262. — Il est fréquent que les héritiers laissent le conjoint survivant jouir jusqu'à son décès de l'ensemble des biens composant la succession du prédécédé et la communauté dissoute.

Si les enfants ont des droits égaux dans les deux successions, le compte d'administration du conjoint survivant n'est en général pas tenu. Les droits des héritiers n'en sont pas modifiés lors du partage des successions confondues puisqu'ils retrouvent dans la succession du conjoint survivant les valeurs que ce dernier a perçues dans la succession du prédécédé.

(96) Sur tous ces points, voir *supra*, n^{os} 131 et suiv.

Cependant cette pratique est susceptible de modifier la nature des biens dans la masse globale à partager et cela à un double point de vue.

A. — Distinction des fonds et des fruits.

Le conjoint survivant a intégré dans son patrimoine les fruits perçus dans la succession du prédécédé et dans la communauté, et ces fruits se retrouvent dans sa propre succession en qualité de fonds.

Or l'intérêt de distinguer les fruits et les fonds dans le partage est manifeste à différents points de vue, entre autres :

Les héritiers mineurs peuvent participer à un partage des fruits mais non à un partage des fonds.

La communauté des héritiers mariés recueille les fruits des immeubles à l'exclusion des fonds.

Sous tous les régimes, les facultés respectives des époux, mesure de leur contribution aux charges du mariage, s'apprécient au regard des revenus, c'est-à-dire des fruits (art. 214 C. civ.).

Le compte d'administration du conjoint survivant devra donc être établi afin de répartir les biens en fonds et fruits et appliquer à chaque catégorie ses règles propres (97).

B. — Distinction des meubles et immeubles.

263. — De même, l'administration du conjoint survivant peut apporter des modifications dans la composition mobilière et immobilière de la masse globale à partager. A cet égard encore, il importera de reconstituer le compte d'administration du conjoint survivant s'il n'a pas été tenu.

Ces modifications se produisent lorsque le conjoint survivant administrateur a payé les dettes de la succession du conjoint prédécédé avec des fonds provenant de la réalisation de meubles communs ou avec des deniers à lui propres. Une partie des meubles de la deuxième succession se trouve alors affectée au paiement des dettes qui incombaient à la première succession.

Or, la communauté des copartageants a droit aux meubles partagés, à charge de payer une fraction correspondante des dettes de la succession. Mais l'intermédiaire du conjoint survivant, qui paye des dettes d'une succession avec ses meubles ou deniers, peut priver

(97) PINSON, Etude pratique R.G.N. 1935.24173.

la communauté d'une partie des biens qui devaient lui revenir et lui faire en définitive supporter un passif qui devait incomber à l'héritier personnellement (98).

On a parfois soutenu que, dans ce cas, la communauté n'avait aucun moyen de faire rétablir ses droits car ils sont totalement subordonnés aux résultats du partage (99).

Cette opinion ne paraît pas exacte. L'effet déclaratif ne peut couvrir les atteintes aux droits de la communauté provenant de la confusion de fait des deux successions. Il est donc indispensable de reconstituer le compte d'administration du conjoint survivant et de restituer la communauté dans ses droits.

Ainsi, l'équivalence des biens n'est pas absolue et cède aux exigences de l'ordre public et des droits des tiers.

Mais lorsqu'une distinction doit être faite entre les biens répartis, selon leur origine ou selon leur nature, le partage des successions confondues reste possible. Il suffira de liquider les successions avant de le réaliser et même, s'agissant du privilège des copartageants ou de la clause d'inaliénabilité, il sera toujours temps de déterminer l'origine d'un bien, pour savoir s'il en est grevé, après la réalisation du partage des successions confondues.

(98) PINSON, *Etude pratique*, R.G.N. 1934.23937.

(99) DESHAYES, *Thèse précitée*, p. 86.

Conclusion

264. — I. — Au terme de cette étude, il apparaît que l'originalité des problèmes posés par la transmission de successions multiples aux mêmes héritiers mérite une attention qui ne lui a généralement pas été accordée. En pratique, cependant, la situation est fréquente car, conscients des avantages de la confusion successorale, les héritiers diffèrent souvent le partage de la succession du pré-mourant de leurs auteurs jusqu'au décès du survivant, et les ascendants distribuent fréquemment leurs deux patrimoines confondus en une seule masse.

La présence de plusieurs successions permet en effet de comprendre des biens de différentes origines dans une même opération de partage. Ce processus cumulatif réalise au mieux les intentions du législateur qui, s'inspirant des intérêts des héritiers, de la famille, et de l'ordre économique et social, a indiqué une certaine préférence dans l'ordre d'application des techniques répartitives, et donné des indications relatives à l'utilisation de la technique choisie.

A. — D'après les articles 826 et 827 du Code civil le partage en nature doit être préféré à toute autre technique de partage *lato sensu*, la licitation venant en dernier lorsque ni le partage en nature, ni l'attribution préférentielle obligatoire ne sont possibles.

Or, la réunion des masses à partager favorise le partage en nature et en permet la réalisation dans des cas où le partage par successions séparées conduirait inéluctablement à des licitations.

Si, d'autre part, une exploitation ou une entreprise appartient aux différentes successions en présence, la confusion successorale conduit à son attribution préférentielle, et, évitant la licitation de

ses différents éléments, se montre encore conforme à la préférence du législateur.

Le domaine de la licitation se trouve donc réduit dans toute la mesure du possible. Lorsqu'elle est ordonnée, parce qu'aucune autre technique n'est applicable, la confusion successorale permet de la réaliser dans les meilleures conditions pour les héritiers.

265. — B. — En effet, la confusion successorale assure l'utilisation des techniques du partage dans les conditions souhaitées par le législateur. Cet avantage est particulièrement marqué en ce qui concerne l'attribution de l'exploitation ou de l'entreprise et la licitation des biens indivisibles.

La confusion successorale, prenant alors sa source dans l'indivisibilité de certains biens, évite de séparer des ensembles économiques, constitués par les ascendants sans égard à l'origine des biens.

Or, l'intégrité des ensembles économiques intéresse fortement l'ordre économique et social.

Mais elle intéresse aussi les héritiers et se traduit pour eux par des avantages financiers dans la mesure où la licitation atteint un prix plus élevé qu'ils partagent entre eux.

Toutefois, en cas d'attribution, les conditions de paiement accordées par la loi à l'attributaire sacrifient les intérêts de ses cohéritiers. La confusion successorale, lorsqu'elle facilite l'attribution, favorise donc le seul héritier attributaire. Mais, sur ce point, les intérêts des héritiers ont été dominés par des considérations d'ordre familial, le législateur souhaitant avant tout que l'immeuble reste dans la famille. Cette politique familiale ne pouvait être réalisée qu'en accordant des conditions de paiement très libérales à l'héritier attributaire.

Au total, la confusion successorale permet donc de respecter l'ordre des procédés répartitifs et assure une mise en œuvre optimum du procédé choisi.

266. — II. — Cependant, au regard de ces avantages, force est de constater l'absence de techniques juridiques spéciales au partage des successions confondues.

On pourrait penser, dès l'abord, que le droit en nature des indivisaires ou des réservataires a créé l'obstacle majeur à la confusion successorale. Il n'en est rien. S'agissant d'une question de partage, le droit de la réserve n'intervient pas. Quant au droit des indivisaires, il s'écarte devant la notion d'indivisibilité des biens, ou par la volonté des ascendants ou des héritiers.

Mais à bien d'autres égards, les difficultés subsistent.

A. — L'idée d'indivisibilité justifie parfaitement la licitation globale. Dès lors qu'on la reconnaît applicable à plusieurs masses successorales, aucun problème particulier d'adaptation ne surgit.

Il n'en est pas de même pour l'attribution globale. Les conditions d'attribution s'apprécient au moment du décès de l'ascendant et l'attribution d'une exploitation appartenant à plusieurs successions suscite un conflit de décès que la jurisprudence a dû résoudre. Les tribunaux se sont prononcés pour l'appréciation des conditions d'attribution au deuxième décès, solution généralement exacte et la plus favorable à l'attribution.

267. — B. — Mais c'est surtout la confusion successorale réalisée par les ascendants qui soulève les difficultés techniques les plus considérables.

1. — L'allusion du législateur de 1938, dans l'article 1080, au cas où les ascendants « ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse » est trop générale pour résoudre tous les problèmes dans le sens d'une validité de principe de la confusion successorale par partage d'ascendant.

L'article 1080 ne vise que les actes conjonctifs, à l'exclusion des actes cumulatifs et même, à l'analyse, il ne peut se référer qu'à la seule donation-partage conjonctive. En effet, le testament-partage conjonctif ne se conçoit que si le testament-partage du conjoint survivant produit un certain effet avant le décès de son auteur, ce qui est exclu en l'état actuel du droit positif, sans qu'on puisse considérer que l'article 1080 a entendu modifier la règle.

On doit alors recourir aux règles du partage d'ascendant ordinaire et les adapter aux partages d'ascendants cumulatifs et conjonctifs pour apprécier la validité et les effets de ces actes.

2. — La transposition de ces règles s'accompagne de leur adaptation allant jusqu'à l'application de techniques véritablement autonomes dont l'originalité s'explique et aussi se mesure par la fongibilité fondamentale de biens répartis.

Ainsi, la reprise des ascendants au titre du retour ou de la révocation s'exerce sur une quotité des lots attribués aux héritiers et non sur les biens effectivement donnés. Cette solution garantit seule au retour et à la révocation leur authentique configuration juridique.

De même, les nullités caractéristiques s'apprécient par rapport aux deux successions et les actions qui les sanctionnent sont nécessairement reportées au décès de l'ascendant survivant. La jurispru-

dence avait dégagé cette règle avant même que le législateur ne la consacre dans l'article 1080 du Code civil.

Enfin, l'équivalence des biens paternels et maternels rend illusoire l'appréciation des droits des réservataires par rapport à l'une des successions seulement et l'article 1080 nouveau du Code civil, tirant la conséquence logique de ce principe et mettant fin aux controverses, a organisé le report au deuxième décès des actions en réduction.

Les règles du partage d'ascendant ordinaire ne subissent pas toutefois une exclusion systématique et persistent à certains égards.

Il en est d'abord ainsi dans toute la mesure où leur application reste compatible avec la confusion successorale. On trouve un exemple caractéristique de cette compatibilité en matière de nullités de droit commun. L'appréciation de ces nullités continue à se faire normalement par rapport à chacune des successions réparties.

Par ailleurs, l'origine volontaire de la confusion successorale lui assigne pour limites obligées le respect des droits des tiers et des règles d'ordre public.

268. — III. — Le régime de la confusion successorale, empiriquement élaboré, apparaît-il suffisant, ou une réforme législative reste-t-elle souhaitable ?

En ce qui concerne la réalisation de la confusion, les règles actuelles fournissent déjà aux époux un certain nombre de techniques propres à leur permettre la répartition globale de leurs biens. La donation-partage conjonctive est pleinement valable, et le conjoint survivant répartit librement toutes catégories de biens par donation-partage avec le consentement des enfants majeurs ou les biens communs par testament-partage.

Une éventuelle réforme pourrait tendre à assurer la pleine efficacité des actes cumulatifs dans lesquels une clause pénale est actuellement nécessaire, et la validité du testament-partage conjonctif. Mais elle dérogerait, sans se recommander d'une évidente nécessité, à deux principes juridiques fondamentaux : l'inefficacité des actes sur la chose d'autrui, et l'inefficacité d'un testament avant la mort de son auteur.

Quant aux incidences de la confusion successorale sur le régime juridique du partage d'ascendant, en particulier sur le retour, la révocation et le calcul de la réserve, il n'est pas niable que la question s'est toujours caractérisée par son obscurité. Mais il appartient

plus à l'interprète qu'au législateur de lever cette obscurité. En s'efforçant de dégager la notion d'équivalence absolue des biens répartis, sous réserve de l'ordre public et des droits des tiers, on voudrait espérer que la présente étude aura contribué à éclairer le problème.

Vu,

Le Président :

Robert LE BALLE.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques :*

G. LE BRAS.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. SARRAILH.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU : Cours de Droit civil français, 6^e éd. par Bartin, t. I à IV continuée par P. Esmein, t. V à XII.
- BAUDRY-LACANTINERIE : Traité théorique et pratique de Droit civil, 3^e éd.
- BEUDANT (Ch.) : Cours de Droit civil français rééd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière.
- BIOCHÉ : Dictionnaire de procédure civile et commercial, 5^e éd.
- COLIN et CAPITANT : Cours élémentaire de Droit civil français, 10^e éd., par Julliot de la Morandière.
- DEMOLOMBE : Traité des donations entre vifs et des testaments. Traité des servitudes.
- DURANTON : Cours de Droit français suivant le Code civil.
- GLASSON, TISSIER et MOREL : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd.
- LAURENT : Principes du Droit civil français, 3^e éd.
- PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de Droit civil français, 2^e éd.

COURS

- LE BALLE : Cours de Droit civil approfondi, 1946-1947. Le Partage d'ascendant.

OUVRAGES SPECIAUX

- BONNET : Traité théorique et pratique des partages d'ascendant, 1874.
- CAPITANT : De la cause dans les obligations, 1927.
- DE JUGLART : Droit rural, t. I, L'exploitation rurale.
- DUTRUC : Traité du partage des successions, 1855.
- GENTY : Traité des partages d'ascendant, 1850.
- JOSSERAND : Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, 1928.
- REQUIER : Traité théorique et pratique des partages d'ascendant, 1868.
- ROUBIER, Le droit transitoire, 1960.

THESES

- AZOULAY : Le droit de copropriété par appartements, Paris, 1956.
- BILLEY : Le partage d'ascendant conjonctif, Besançon, 1928.
- CAILLARD : Le partage judiciaire et les mineurs, Toulouse, 1926.
- CHAUVIN : Etude sur le partage d'ascendant, Poitiers, 1910.
- CONAN : De la licitation et de la vente par autorité de justice de la pleine propriété à la requête d'un propriétaire, d'un usufruitier, ou d'un nu-propriétaire, Rennes, 1943.
- DELMAS SAINT HILAIRE : Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, 1955.
- DESHAYES : Les comptes entre héritiers, Thèse, Caen, 1930.
- DEVISMES : Des partages d'ascendant en droit français, Paris, 1900.
- GARY : Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, Bordeaux, 1931.
- JAOUEN : La Jurisprudence du legs de la chose d'autrui, Rennes, 1934.
- JEANTET : Le droit à la réserve en nature, Paris, 1939.
- MARUANI : La clause pénale, Paris, 1938.
- PATARIN : Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Paris, 1952, éd. com. 1954.
- PERROT : De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Paris, 1947, éd. com. 1953.
- RIOU : Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux, Paris, 1952, éd. com. 1953.
- ROBINEAU : De la clause pénale, Paris, 1896.
- SORTAIS : Le titre et l'émolument, Paris, 1959, éd. com. 1961.
- TERRÉ : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Paris, 1955, éd. com. 1956.
- VEROONE : Etude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage, Lille, 1946.

ARTICLES

- BONNECASE : L'institution de la communauté continuée, Annales, Grenoble, 1909.
- BOULANCER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques, R.T.D.C. 1950.I.
- CABRILLAC (Michel) : L'erreur dans les partages, R.T.D.C. 1955.39.
- CHAVANNE : Les donations de biens communs et la loi du 22 septembre 1942, R.T.D.C. 1949.36.
- CHEVALLIER : La loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, J.C.P. 1962.I.1687.
- DECOQ : La division des immeubles par appartements dans les partages, R.T.D.C. 1960.569.
- De la GRASSERIE : De la longibilité juridique, Rev. gén. du droit, 1911, pp. 133, 241, 343, 534.
- DEPIERROIS : Possibilité de révocation d'une donation-partage pour inexécution des charges et sort du partage en cas de révocation prononcée à l'égard d'un des donataires, R.G.N. 1958.27663.
- Partage d'ascendant... Donation d'excédent de lot par l'ascendant survivant, R.G.N. 1961.28152.

- De THIBONVILLE : La compétence en matière de partage, J. Not. 1928.281.
- ESMEIN (P.) : L'exploitation agricole au sens de l'article 832 Code civ., G.P. 1943.I.35.
- FRÉJAVILLE : De la prohibition faite au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté sans le consentement de sa femme, D. 45, Chron. 1.
- GUIHO : Les actes de disposition sur la chose d'autrui, R.T.D.C. 1954.1.
- HÉBRAUD : La copropriété par appartements, R.T.D.C. 1938.62.
- JULLIOT de la MORANDIÈRE : La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, J.C.P. 1943.I.304.
- LÉAUTÉ : Les partages conjonctifs d'ascendants depuis 1938, J.C.P. 1951.I.924.
- LEGEAIS : Le droit au bail dans le partage, R.T.D.C. 1956.226.
- LELOUTRE : Quelques observations sur le partage pur et simple ou transactionnel en présence de mineurs, R.T.D.C. 1909.75.
- MAZIN : Etudes pratiques, R.G.N. 1923.20458 et 20467.
- PATARIN : La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté, R.G.N. 1962.28163, 69, 79, 84, 86, 88, 97.
- PINSON : Etudes pratiques, R.G.N. 1934.23938, 1935.24173.
- PRECIGOUT : L'article 1097, Code civ. et les réversions de rente ou d'usufruit entre époux, J.C.P. 1953.I.1126 (Ed. Not.).
- ROUAST : Le droit de préférence et le rapport des dettes, R.T.D.C. 1911.687.
- ROUBIER : L'application dans le temps du décret-loi du 17 juin 1938 modifiant le régime des libéralités et du partage, J.C.P. 1943.I.326.
- SAVATIER : La propriété par étages et par appartements, Lois Nouvelles, 1927, p. 177.
- La clause de porte-fort, R.G.N. 1928.21605.
 - Caractères, avantages et difficultés pratiques du partage conjonctif d'ascendant réalisé par donation, R.G.N. 1929.21903.
 - Le partage conjonctif d'ascendant par voie testamentaire, R.G.N. 1929.22048.
 - Les conditions d'ouverture de l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole, Rev. Ferm. 1949.62.
 - Les libertés de l'ascendant en matière de donation-partage et les limites techniques de la notion de partage d'ascendant, R.G.N. 1952.27036.
 - Un grand péril pour l'exploitation familiale agricole, J.C.P. 1953.I.1084.
 - Le partage par appartements, R.G.N. 1954.27237.
 - Peut-on, dans un partage judiciaire de biens familiaux, réunir à l'attribution ou à la licitation d'un fonds de commerce, un droit au bail sur l'immeuble familial où le commerce s'exerçait ? R.G.N. 1955.27322.
- TOUZAUD : Revue pratique de droit français 1876, p. 102.
- VOIRIN : L'inégalité en nature dans les donations-partages est-elle aujourd'hui sanctionnée ? J.C.P. 1951.I.899.

Table alphabétique des matières

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

- Attribution globale : 10, 14, 21, 61.
Bail : 56.
Biens communs : 127, 137, 157, 185, 261.
Biens propres : 135, 154, 183.
Biens dotaux : 160.
Communauté (voir Biens Communs).
Clauses d'imputation : 191.
Clauses d'inaliénabilité : 220, 256.
Créanciers : 260.
Disparité des lots : 230, 250.
Division des biens : 38.
Donation-partage conjonctive : 154, 157, 185, 193.
Donation-partage cumulative : 155, 158, 161, 188, 197.
Droit des tiers (voir tiers).
Effet déclaratif : 209, 251.
Enfants d'un premier lit : 104.
Equivalence des biens paternels et maternels : 168.
Evaluations : 79, 81, 231, 246.
Exploitation (et entreprise commerciale, industrielle ou artisanale) : 54, 61.
Fiction conjonctive : 183, 185.
Fin de non-recevoir : 235.
Fongibilité : 180, 254.
Imputation (voir clause d'—).
Inaliénabilité (voir clauses d'—).
Incapables : 97, 124, 162.
Indivisibilité des biens : 25, 59, 162 (voir aussi division des biens).
— du partage d'ascendant : 223, 224, 239, 240.
Legs : 71, 116.
Lésion : 227, 231, 235.
Licitation globale : 9, 14, 21, 27.
Mineurs (voir incapables).
Nullité : 113, 135, 138, 147, 148, 155, 158, 160, 162, 225.
Omission d'enfants : 105, 229, 231, 235.
Ordre public : 73, 123, 255.
Partage *ab intestat* : 6, 16 et s.
Partage d'ascendant : 89 et s.
Partage en nature : 6, 34, 90.
Porte-fort (clause de —) : 100.
Pouvoirs du juge : 14, 17, 49.
Quotité des lots : 207.
Rapport des dettes : 258.
Ratification : 136, 144, 156, 243.
Réduction : 243.
Régimes matrimoniaux (voir biens communs et biens dotaux).
Reprises et récompenses : 192.
Réserve (voir réduction).
Retour conventionnel ou légal : 199.
Révocation : 199.
Servitudes : 50.
Testament-partage conjonctif : 146, 175.
Testament-partage cumulatif : 110, 135, 175.
Transaction : 101.

Table analytique des matières

	Pages	N ^{os}
INTRODUCTION	3	1
I. — Objet de l'étude	3	1
II. — Sens de l'expression « Partage des successions confondues » ..	4	2
A. Premier sens : confusion de fait	4	3
a) Successions non liquidées	4	3
b) Successions indivisibles	4	3
B. Deuxième sens : réunion de plusieurs succession en une seule	5	4
III. — Manifestations de la confusion successorale	5	5
A. La confusion successorale dans le partage en nature	6	6
a) Partages <i>ab intestat</i>	6	6
b) Partages d'ascendant	7	7
B. La confusion successorale dans la licitation ou l'attri- bution de l'exploitation	7	8
a) La licitation globale	8	9
b) L'attribution globale	8	10
IV. — Confusion et droit aux biens en nature	9	11
V. — Sources de la confusion	10	12
A. Volonté de l'ascendant	10	13
a) Testament-partage	10	13
b) Donation-partage	11	13
B. Volonté du juge	11	14
a) Licitation globale	11	14
b) Attribution globale	12	14

PREMIÈRE PARTIE

LA CONFUSION SUCCESSORALE NECESSAIRE	13	16
I. — Domaine de la confusion des successions par le juge	14	17
A. Exclusion de la confusion successorale pour le partage en nature	14	18

	Pages	N ^{os}
a) Droit des héritiers au partage par successions séparées.	14	19
b) Distinction obligatoire des successions	15	20
B. Validité de la licitation et de l'attribution globales	15	21
a) Licitation globale	15	21
b) Attribution globale	16	21
II. — Conditions de la confusion des successions par le juge	16	22
A. Réunion de plusieurs instances en partage à une même barre	16	23
a) Avant le décret du 22 décembre 1958	16	23
b) Après le décret du 22 décembre 1958	18	24
B. Indivisibilité des successions	19	25
III. — Avantages de la confusion des successions par le juge	19	26
CHAPITRE PREMIER. — <i>La licitation globale</i>	21	27
Section I. — Validité de la licitation globale	21	28
Sous-Section I. — Objection tirée de l'indépendance des indivisions	22	29
§ 1. Validité de la licitation en dehors du cas d'une indivision unique	22	30
§ 2. Nature juridique de la licitation globale	24	32
Sous-Section II. — Objection tirée de la nature juridique et des conséquences de la licitation	25	33
§ 1. Raison de droit	25	34
§ 2. Raison de fait	27	36
§ 3. Position de la Cour de cassation	27	37
Section II. — La division des biens	28	38
Sous-Section I. — Division des héritages	29	39
§ 1. Division matérielle	30	40
I. — Division verticale	30	41
A. Indivisibilité physique	30	41
B. Indivisibilité économique	32	43
II. — Division horizontale	33	44
A. Objections d'ordre économique	33	45
B. Objections d'ordre juridique	34	46
a) Objection tirée de l'article 815 Code civ.	34	46
b) Objection tirée des droits des indivisaires	36	47
c) Position de la Cour de cassation	37	48
§ 2. Division juridique	37	49
I. — Jurisprudence relative aux servitudes	38	50
A. La jurisprudence	38	50
a) Avant l'arrêt du 15 juin 1910	38	50
b) L'arrêt du 15 juin 1910	39	50
B. Fondement de la servitude résultant du partage	40	51
a) Fondement conventionnel	40	51
b) Fondement dans les pouvoirs du juge	41	51
II. — Etendue des pouvoirs du juge	41	52
A. Thèse restrictive	41	52

	Pages	N ^{os}
a) Limitation des pouvoirs du juge aux circonstances de l'arrêt de 1910	41	52
b) Limitation aux servitudes à l'exclusion des autres droits réels	42	52
B. Thèse extensive	43	53
a) Droits réels	43	53
b) Droits personnels	43	53
Sous-Section II. — Division des exploitations	44	54
I. — Interdiction de diviser les exploitations	44	54
II. — Application à l'exploitation commerciale	44	55
§ 1. Théorie du bail implicite	48	56
I. — Énoncé de la théorie du bail implicite	46	56
II. — Valeur de la théorie du bail implicite	47	56
§ 2. Solutions tirées du droit du partage	47	57
I. — Explication du droit au bail par la division des biens	48	58
A. Garantie des copartageants	48	58
B. Articles 684 et 692 Code civ.	48	58
C. Pouvoirs du juge	48	58
II. — Explication du droit au bail par l'indivisibilité de l'exploitation commerciale	49	59
CHAPITRE II. — <i>L'attribution globale de l'exploitation</i>	51	61
Section I. — Validité de l'attribution globale	52	63
Sous-Section I. — Attribution globale de l'exploitation dépendant de plusieurs successions <i>ab intestat</i>	52	64
§ 1. Cas admis par la jurisprudence	52	64
§ 2. Fondement de l'attribution globale	54	65
I. — Caractères de l'exploitation	54	66
A. Unité économique	54	66
B. Indivisibilité de l'exploitation	55	67
II. — L'attribution globale, mise en œuvre du droit au partage par succession séparées	55	68
Sous-Section II. — Cas de donations ou legs collectifs	57	71
§ 1. Incidence du titre sur le droit à l'attribution	58	72
I. — Titre de légataire	58	73
II. — Titre de donataire	59	74
§ 2. Incidence des indications de parts sur le droit à l'attribution	61	75
A. Principes	61	75
B. Cas d'attribution globale	61	75
Section II. — Conditions de l'attribution globale	62	76
Sous-Section I. — Domaine du conflit de décès	63	77
§ 1. Détermination de la date d'appréciation des conditions d'attribution	63	78
I. — Conditions relatives à l'exploitation	63	78

	Pages	N ^{os}
A. Exploitation susceptible d'attribution préférentielle « de droit »	64	79
B. Calcul de la soulte	65	81
II. — Conditions relatives au demandeur	66	82
§ 2. Détermination de la loi applicable	67	83
<i>Sous-Section II.</i> — Solution du conflit de décès	67	84
§ 1. Système du cumul des conditions	67	84
§ 2. Système de la loi meilleure	68	85
§ 3. Solution de la Cour de cassation	69	86
DEUXIÈME PARTIE		
LA CONFUSION SUCCESSORALE VOLONTAIRE	75	89
I. — Notion de confusion successorale volontaire	75	89
I. — Avantages de la confusion volontaire	76	90
TITRE PREMIER : FORMATION DE LA MASSE GLOBALE	79	92
SOUS-TITRE PREMIER : Partages <i>ab intestat</i>	80	93
I. — Présence de deux successions	80	94
II. — Droits des héritiers dans les deux successions	81	95
III. — Renonciation au droit en nature	81	96
Section I. — Validité de la renonciation au droit aux biens en nature	83	97
Sous-Section I. — Conditions de validité	83	97
Sous-Section II. — Sanctions de l'inobservation des conditions	86	99
Section II. — La confusion successorale par les procédés de la pratique	87	100
I. — Porte-fort	87	100
II. — Transaction	88	101
SOUS-TITRE II : Partages d'ascendants	90	102
I. — Présence de deux successions	90	103
II. — Droits des héritiers dans les deux successions. Enfants d'un premier lit	92	104
A. Confusion entre tous les enfants	92	104
B. Confusion entre les seuls enfants communs	92	105
III. — Variantes du partage des successions confondues par les ascendants	94	106
IV. — Validité de la confusion successorale par les ascendants ..	95	107
CHAPITRE PREMIER. — <i>Validité de la confusion volontaire des successions au regard de la technique du partage d'ascendant :</i>		
Donation ou testament	96	108
Section I. — Testament-partage	96	109
Sous-Section I. — Testament-partage cumulatif	97	110
§ 1. Testament-partage cumulatif du conjoint survivant	97	111
I. — Testament-partage cumulatif du conjoint survivant comprenant les biens de la succession du conjoint prédécédé	98	112

	Pages	N ^{os}
A. Nullité de l'acte	98	113
a) Inefficacité du partage de la succession du conjoint prédécedé	98	113
b) Incidence de l'inefficacité du partage de la succession du conjoint prédécédé sur le testament-partage cumu- latif	100	114
B. Utilisation des techniques coercitives	101	115
a) Cas où tous les héritiers sont capables	101	116
1. Charge	101	116
2. Clause pénale	107	121
b) Cas où certains héritiers sont incapables	109	124
1. Validité des charges et clauses pénales à l'égard des incapables	110	125
2. Appréciation de la solution	112	126
II. — Testament-partage cumulatif du conjoint survivant compre- nant les biens communs	113	127
A. Principe de la validité	113	127
a) Efficacité du partage des biens indivis entre les héritiers lorsque le testateur avait des droits dans l'indivision.	113	128
b) Validité du testament-partage cumulatif comprenant des biens de la communauté dissoute	115	129
B. Fondement de la validité	117	130
a) Théorie de la charge implicite	117	130
b) Transmission successorale comme issue normale de l'indivision entre le testateur et les héritiers	118	131
§ 2. Testament-partage cumulatif du conjoint prémourant ..	123	135
I. — Testament-partage sur les propres des deux époux	123	135
A. Principe de la nullité	123	135
B. Cas de validité	124	136
a) Ratification du testament	125	136
b) Clause pénale et charge	127	137
II. — Testament-partage sur les biens communs	127	137
A. Principe de la nullité	128	138
a) Inefficacité du partage de la communauté	128	139
b) Inefficacité des attributions directes de biens communs.	132	142
B. Cas de validité	136	144
a) Renonciation de la femme	136	144
b) Ratification	136	144
c) Clause pénale	136	144
d) Charge	137	144
<i>Sous-Section II. — Confusion successorale réalisée par les testaments des deux époux</i>	138	146
§ 1. Réalisation technique de la confusion testamentaire par les deux époux	139	147
I. L'article 968 Code civ. comme règle de forme	139	147
II. — L'article 968 Code civ. comme règle de fond	140	147
A. Testaments complémentaires	140	148
B. Testaments conformes	141	149
§ 2. Règles applicables à la répartition globale réalisée par testaments conformes	142	150

	Pages	N ^{os}
I. — Modification du testament-partage du conjoint survivant ..	142	150
II. — Droits des copartagés entre les deux décès	143	151
<i>Section II. — Donation-partage</i>	145	153
<i>Sous-Section I. — Donation-partage de successions confondues du vivant des époux</i>	145	154
§ 1. Propres des époux	146	154
I. — Donation-partage conjonctive	146	154
II. — Donation-partage cumulative	146	155
§ 2. Biens communs	148	157
I. — Donation-partage conjonctive des biens communs	148	157
II. — Donation-partage de biens communs par un seul époux	150	158
§ 3. Biens dotaux	153	160
<i>Sous-Section II. — Donation-partage cumulative du survivant des époux</i>	155	161
§ 1. Cas où les héritiers sont tous capables	155	161
§ 2. Cas où certains héritiers sont incapables	156	162
CHAPITRE II. — <i>Validité de la confusion volontaire des successions au regard du droit aux biens en nature des héritiers</i>	159	164
<i>Section I. — La confusion successorale au regard du droit à la réserve</i>	160	165
§ 1. La confusion successorale et le droit à la réserve en valeur	160	166
I. — Théorie admettant le principe de la réserve en valeur	161	166
II. — Théorie expliquant la confusion successorale par les exceptions légales à la réserve en nature	161	167
§ 2. La confusion successorale et le droit à la réserve en nature	162	168
I. — Théorie n'admettant pas l'équivalence des biens paternels et maternels	162	168
II. — Théorie admettant l'équivalence des biens paternels et maternels	165	170
A. Subordination du droit à la réserve au droit de partage ..	165	171
B. Mise en œuvre technique de la subordination du droit de la réserve au droit du partage	167	172
a) Donation-partage	167	172
b) Testament-partage	170	175
<i>Section II. — La confusion successorale au regard du droit aux biens en nature des indivisaires</i>	172	176
TITRE II : RÉPARTITION DE LA MASSE GLOBALE	175	179
SOUS-TITRE PREMIER : Domaine d'incidence de la fongibilité des biens répartis	177	180
CHAPITRE PREMIER. — <i>Incidence de la confusion volontaire des successions sur la technique du partage d'ascendant : Donation ou Testament</i>	178	181
<i>Section I. — Contribution des ascendants</i>	180	182
<i>Sous-Section I. — Contribution des ascendants en l'absence de clauses</i>	180	182

	Pages	N ^{os}
§ 1. Biens propres	180	183
§ 2. Biens communs	185	185
I. — Donation-partage conjonctive	185	185
II. — Partage d'ascendant cumulatif réalisé par le conjoint survivant	189	188
<i>Sous-Section II. —</i> Clauses relatives à la contribution des ascen- dants dans les donations-partages	190	189
§ 1. Clauses modifiant la contribution initiale des époux ..	191	190
§ 2. Clauses d'imputation	191	191
§ 3. Renonciation aux reprises et récompenses	193	192
I. — Donation-partage conjonctive	194	193
A. Buts de la clause	195	193
B. Validité de la renonciation	196	194
C. La présomption de renonciation aux reprises et récom- penses	200	196
II. — Donation-partage cumulative réalisée par le conjoint survivant	202	197
<i>Section II. —</i> Détermination de l'objet de la révocation et du droit de retour exercé par l'ascendant	203	199
<i>Sous-Section I. —</i> Le retour et la révocation en l'absence de clause	207	205
§ 1. Reprise de la totalité du lot. Rejet de la théorie	207	206
§ 2. Reprise d'une quotité et reprise des biens effectivement donnés	208	207
I. — Elimination de systèmes intermédiaires	209	207
II. — Choix entre les deux théories extrêmes	210	208
A. La controverse en doctrine	210	208
a) Eléments pratiques de solution	211	208
b) Eléments théoriques de solution	213	209
1. Effet déclaratif du partage	213	209
2. Titres des copartagés	215	212
I. — Théorie rejetant l'incidence de la confusion succes- sorale sur l'émolument des copartagés	215	212
II. — Théorie admettant l'incidence de la confusion suc- cessorale sur l'émolument des copartagés	217	213
B. Position de la jurisprudence	218	214
<i>Sous-Section II. —</i> Clauses relatives au retour et à la révocation.	220	215
§ 1. Validité des clauses	220	215
I. — Validité des clauses stipulées par un seul conjoint	220	216
A. Clauses concernant la reprise après révocation	221	216
B. Clauses concernant la reprise au titre du droit de retour ..	221	216
a) Clause de reprise intégrale du lot	221	217
b) Clause de reprise des biens effectivement donnés ..	223	218
II. — Validité des clauses stipulées par les deux conjoints	223	219
§ 2. Interprétation de la volonté des parties	224	220
I. — Volonté claire et précise	224	220
II. — Volonté implicite	225	220

	Pages	N°
CHAPITRE II. — <i>Incidence de la confusion volontaire des successions sur la répartition par partages d'ascendant et partages ab intestat.</i>	228	222
Section I. — Partages d'ascendants	228	223
I. — Les indivisibilités du partage d'ascendant ordinaire	228	223
II. — Indivisibilité spéciale du partage des successions confondues.	229	224
Sous-Section I. — Nullités	230	225
§ 1. Nullités spéciales	231	226
I. — Régime des nullités spéciales	231	226
A. Epoque de l'action	231	227
a) Lésion	232	227
b) Action en nullité pour omission d'enfant	234	229
c) Action en nullité pour disporité	235	230
B. Appréciation de la nullité	237	231
a) Loi unique	237	231
b) Droit transitoire	241	234
II. — Effets des nullités spéciales	242	235
A. Fins de non-recevoir	242	235
B. Etendue de la nullité	244	236
§ 2. Nullités de droit commun	246	238
I. — Régime des nullités de droit commun	247	238
II. — Etendue de la nullité	248	239
A. Caractère absolu de l'indivisibilité née de la confusion ..	248	239
B. Atténuation aux indivisibilités entre les lots et entre la donation et le partage	249	240
a) Nullités communes à tous les partages d'ascendant ..	249	240
b) Nullités liées à la réalisation de la confusion	251	241
1. Partage d'ascendant par le prémourant des époux ..	251	241
2. Partage d'ascendant par le survivant des époux ..	253	242
Sous-Section II. — Réduction	254	243
§ 1. Régime de la réduction	255	243
I. — Principe de la dualité des réserves	255	244
II. — Conséquence du principe	256	245
A. Actions en réduction	256	245
B. Evaluations	258	246
§ 2. Effets de la réduction	263	248
Section II. — Partages ab intestat	264	250
Sous-Section I. — Nullités	264	250
Sous-Section II. — Effet déclaratif du partage	265	251
SOUS-TITRE II : Limites d'incidence de la fongibilité	269	254
Section I. — L'ordre public	270	255
I. — Privilège des copartageants	270	255
II. — Clause d'inaliénabilité	271	256
Section II. — Droits des tiers	271	257
I. — Distinction des biens d'après leur origine	272	257
A. Rapport des dettes	272	258

	Pages	N ^{os}
B. Opposition des créancier d'un héritier au partage de l'une des successions	275	260
C. Validité des actes des époux et des héritiers sur la communauté	276	261
II. — Distinction des biens d'après leur nature	277	262
A. Distinction des fonds et des fruits	278	262
B. Distinction des meubles et immeubles	278	263
CONCLUSION	281	264
BIBLIOGRAPHIE	287	
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	291	

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -- 902

Dépôt légal : 2^e Trimestre 1963

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5^e)

N° 69

17-6-63

